

مُصْطَفَىٰ أَحْمَدُ الرَّزْقِيُّ

استاذ القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

الجزء الثالث

المدخل

الى

نظريّة الالتزام العامّة

في الفقه الاسلامي

وهو يتضمن نظرة عامة

في الحق ، والالتزام ، والاموال ، والاشخاص

طبعة سادسة مزيّدة ومنقّحة

مطبعة طربين

دمشق ١٣٨٤هـ - ١٩٦٥م

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الاولى

بعد ما نهجنا في الجزء الأول المنهج الذي يعتبر كمدخل عام الى الفقه الاسلامي عامة ، والى مجلة الاحكام العدلية خاصة ، وأيت أن أشرع ، في هذه الاجزاء التالية ، بصوغ الاحكام الفقهية التي تشرح المجلة صياغة الفقه القانوني الحديث في شرح نظرية الالتزام العامة والعقود المسماة اسلوباً وترتيباً ، فيلبس الفقه الاسلامي بذلك ثوباً جديداً يتفق مع الاذواق القانونية المعاصرة في صياغته ومظهره ، ويحافظ في الاحكام والانظار الفقهية على أصله وجوهره . وهذا ما تقتضيه الدراسة الجامعية وحاجة العصر .

واني أعلم ما في هذه الخطوة من خطورة ومن جهود عظيمة ، فان الفقه القانوني والقوانين الحديثة المنشأة على أساسه تسيروا من الاحول والمبادئ العامة بترتيب خاص ، الى فروع الاحكام الجزئية التي تقوم على أساس تلك المبادئ العامة أو تستثنى منها . وفقها - ومنه مجلة الاحكام العدلية - يسير بعكس ذلك ، فيعالج الفروع مباشرة ، وينتو أجزاء المبادئ العامة والاصول الكلية في طريقه بحسب المناسبات .

فجمع أجزاء هذه المبادئ العامة من مختلف الابواب ، واستيجاهها غالباً من فروع الاحكام وعلها ، ثم ضم كل جزء الى أخيه ليستخلص من كل مجموعة منها الاصل الشرعي الذي يحكم فيها التقريره ورد الفروع اليه ، كل ذلك يستدعي

من الجهد والوقت ما يجب أن يتعاون عليه جماعة من فناء الشريعة والقانون ،
ينصرفون بكل مواهبهم اليه .

وقد بدأ بعض الاساتذة المعاصرين يبحث جوانب من الفقه الاسلامي على
هذا النحو ، كرسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية »
للدكتور الاستاذ شفيق شحاتة ، فقد أخرج منها الجزء الاول في طرفي الالتزام ،
فهد للموضوع بعض التمهيدولته يكمل ، وكمد كرة الاستاذ الكبير الشيخ أحمد
ابراهيم ابراهيم في « بيان الالتزامات في الشريعة الاسلامية » وهي خطوة كبيرة
وخطوط أولية كانت تقيد هذا الموضوع لو تويعت وأكملت ، وان كانت لا تتفق
تماماً مع الطريقة التي نحن بصدها وبمراجعة اليها ، وقد عاقه عن متابعة بدايتها
والتوسع فيها مرضه ثم وفاته رحمه الله ، وككتاب « الملكية ونظرية العقد في
الشريعة الاسلامية » للاستاذ الجليل الشيخ محمد أنبي زهرة ، وقد اقتصر فيه على
بحث العقد دون بقية مصادر الالتزام ، كما انه لم يبحث الا عن انشاء العقد
دون آثاره وانحلاله .

على أن شروح نظرية الالتزام في الفقه الاجنبي الى جانب ذلك بين أيدينا
بمباحثها وطريقتها يسهل علينا بعض التسهيل هذه المهمة في فقها ، فلم نبق في حاجة
الى ابتكار مخطط الموضوع في شئ شعبه ونواجهه ، بل تقتصر حاجتنا على التبع
والاستقصاء لاستخراج ما يناظر أجزاء تلك النظرية الاجنبية ويقابلها في فقها
الجم ، ثم يسبكه بترتيبها . وبذلك تتجلى الحيوية التي يجب ان نتعرفها في عناصر
فقها العظيم .

وهذا ما صبح عزمي عليه بفكرة مفاجئة بعد شروعي في دروس هذا
العام على طريقة ترتيب المجلة التقليدي ، فحولت الشراخ على عجل ، وغيت
الانجاء بشئ من التردد والوجل ، لما يعوزني في هذا العمل من سعة وقت ،
وسابق تفكير واستعداد .

فلتكن هذه المحاولة نظرة عجيلى ، ورائدآ فى فقها الاسلامى لاسلوب
مستقر ، وتنقيح مستمر .

وقد رأيت أن اجعل هذا الجزء الثالث من سلسلة « الفقه الاسلامى فى ثوبه
الجديد » مدخلا خاصا الى « النظرية العامة الاحكام المدنية » فى الفقه
الاسلامى ، بمثابة قسم تمهيدى يجمع المعلومات التمهيدية الضرورية لفهم تلك
النظرية العامة التى تأتى بعده فى الجزء الرابع ان شاء الله .

ويتكون هذا القسم التمهيدى فى هذا الجزء من ثلاثة أبواب :
الاول - يبحث فى معلومات عامة عن الحق والالتزام .
والثانى - يبحث فى الاموال واقسامها واحكامها العامة
والثالث - يبحث فى الاشخاص من طبيعة واعتبارية وفى احوالها
واحكامها العامة اجمالا .
ومن الله تعالى استمد العون . واستوحي هدايه السبيل ، انه حسبي
ونعم الوكيل .

دمشق فى ٩ من ربيع الاول سنة ١٣٦٥ هـ

الموافق ١٠ من شباط سنة ١٩٤٦ م

مصطفى أحمد الزرقا

معلومات عامة

عن فكرة الحق والالتزام ومنشئها ومصادرها

الفصل الأول

الحق

الفرع الأول

منشأ فكرة الحق - معنى الحقوق

- تعريف الحق بمعناه العام .

١ - منشأ فكرة الحق

ان فكرة الحق في ذاتها هي غرة من ذلك التفكير الاجتماعي في الرأي العام البشري . فقبل أن يبدأ البشر بالمعيشة المجتمعة وتولد من أعمالهم فعا علائق دعتهم الى التفاهم على حدود وشروط توضع لتلك الاعمال والعلائق ، وعلى نتائج تحددها ، لا يمكن أن يتصور الشيء الذي سمي بالحق .

ولكن كل جماعة من الجماعات التي صارت تتشكل على نفسها في عهد الانسان الاول ، وتميش عيشة مشتركة متعاونة ، كانت تجد نفسها أمام حاجات دائمة التولد من لوازم الغذاء والكساء والمأوى . وتلك الحاجات تدفع بأصحابها الى التماس وقائما بما في أ-ضان الطبيعة أو بما في حيازة الآخرين . فتصادم الاحتياجات ، وتعارض الارادات والحريات في اكتساب مايقوم بوقاء تلك الحاجات ، كان هو الشيء الذي يشترك في الشعور به كل جماعة في كل مجتمع . وكان هذا هو العامل الوحيد في الشعور بضرورة وضع النظام بجانب الحاجات ، كي لا تغطي حاجة انسان على حاجة غيره ، ولا تصطدم حريته بحرية سواه .

وليس هذا النظام الذي شمرت به البشرية جمعاء شعورها بالحاجة الى الغذاء والكساء في أقدم عصورها سوى فكرة الحق الذي يضع حداً يحجز بين حاجات الناس ان قلتهم احداها الاخرى ، ويجول بين حريات الافراد أن تصطدم فتتاهت وتتهار .

فكرة الحق هي النظام الذي يخطط لتلك الحريات الاكتسابية مسالكها على هذه الارض الواسعة ، كي تصل كل حرية بصاحبها الى حوائجه بلا اصطدام وان طال الطريق ، مثلما تجري الكواكب في أفلاكها وطرائقها من الفضاء الواسع كما وجهها بارئها لا تعيد فلا تصطدم .

ومن ثم تواردت آراء البشر أجمعين منذ أقدم العصور على الافرار بفكرة الحق ، وتكون هذا الرأي العام البشري حول حرمتها والاحتجاج بها . وقد تسلسل ذلك وازداد على الدهور تمتيناً وتمكيناً بنمو الادراك الاجتماعي ، وبتوسع الحياة المدنية ، وازدياد الشعور بمعنى الحق ، وان تلافوت عقول البشر ومداركهم وأعراقهم وحاجاتهم في تحديد جزئيات هذا المفهوم

الكلي للحق ، وتعيين مواقفه ، ورسم طريقه ، كما يتفاوت خضوعهم لحزمة الحق وقديسته .

وهذا الاختلاف في تعيين مواقع الحقوق وفي حرمتها كان من أعظم الاسباب التي منعت البشرية أن تعيش في نعيم مطمئن بعد اتقافهم على فكرة الحق .

وقد جاءت الشرائع الإلهية ، وآخرها الشرع الاسلامي ، بالنظم المدنية لتعين هذه الحقوق الجزئية التي قد يخطئ ويصيب البشر في تعيينها ، ولتفرض حرمتها وقديسيتها فتصلها بأرادة الباري تعالى .
وقد تكفل الفقه الاسلامي من هذه النظم والأحكام ، اصولاً وفروعاً ، بأوسع ماعرفه تاريخ التشريع .

٢- معنيا الحقوق :

والحقوق لها معنيان اساسيان :

أ) - فهي ، أولاً ، تكون بمعنى « مجموعة القواعد والنصوص التشريعية » التي تنظم ، على سبيل الالتزام ، علائق الناس من حيث الاشخاص والاموال .

فهي بهذا المفهوم قريبة من مفهوم خطاب الشارع المرادف لمعنى « الحكم » في اصطلاح علماء اصول الفقه ، أو لمعنى « القانون » في اصطلاح علماء القانون .
وهذا المعنى هو المراد عندما نقول مثلاً : الحقوق المدنية ، أو القانون المدني .

ب) - وهي ، ثانياً ، تكون جمع « حق » بمعنى السلطة والمكنة^(١)

(١) - المكنة (بفتح فكسر) في اللغة بمعنى القوة ، أو القدرة ، أو السلطة ، من قولهم : مكنته من الشيء مكنةً ، اذا جعلت له عليه سلطاناً وقدرة .
(ر الهضاج المنير) .

المشروعة ، أو بمعنى المطلب الذي يجب لأحد على غيره .
وهذا هو المراد في مثل قولنا : ان المقصوب منه حق استرداد عين ماله
لو قائماً ، وأخذ قيمته أو مثله لو هالكاً ، وان المشتري حق الرد بالعيب ،
وان التصرف على الصغير هو حق لوليّه أو وصيه ، ونحو ذلك .
والحق بهذا المعنى هو غالباً موضوع الدراسة . ونحت مفهومه العام
أنواع وأقسام .

٣- تعريف الحق بمعناه العام :

ولم أر الحق بمفهومه العام تعريفاً صحيحاً جامعاً لأنواع كلها لدى فقهاء
الشريعة أو القانون .

ويمكننا تعريفه كما يلي :

« الحق هو اختصاص يفرض به الشرع سلطة أو تكليفاً »

وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته ، فانه سلطة لشخص
على شخص ، وكحق البائع في طلب الثمن من المشتري ، فانه تكليف على
الثاني لمصلحة الاول ، وكحق الوارث في ملكية اعيان التركة الموروثة ،
وحق الانسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته ، فانها سلطة لشخص على شيء .
واليك تحليل هذا التعريف وابطاحه :

- (١) - الاختصاص هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق
الدين في الذمة بأي سبب كان ، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة
الولي ولايته والوكيل وكالته . وكلاهما حق لشخص فيجب ان يتناولوه التعريف .
- (٢) - هذه العلاقة لكي تكون حقاً يجب أن تختص بشخص معين أو
بفئة ، اذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة
عن غيره : فالثمن يختص به البائع ، وممارسة الولاية أو الوكالة يختص بمـا .

الولي او الوكيل . فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها .

وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها وانما هي من قبيل الاباحات العامة كالاصطياد ، والاحتطاب من البراري ، والتنقل في اجزاء الوطن ، فلا تعتبر حقاً بالمعنى المراد هنا ، وانما هي رخصة ولكن اذا منح انسان امتيازاً باستثناء شيء من هذه المباحات فانحصرت به يصبح ذلك حقاً لا ٣ - انما اشترط اقرار الشرع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف ، لان نظرة الشرع هي اساس الاعتبار ، فما اعتبره الشرع حقاً وما لا فلا .

٤ -) - وانما قلنا : « سلطة أو تكليفاً » لان الحق تارة يتضمن سلطة ، وتارة تكليفاً .

والسلطة نوعان : سلطة على شخص ، وسلطة على شيء معين .
- فالسلطة على شخص كحق الولاية على النفس ، اذ يجوز للولي أن يمارس سلطة على القاصر تأديباً وتطبيباً وتعليماً وإيجاراً وتزويجاً وغير ذلك . وكذلك حق حضانة الصغير وتربيته .

والسلطة على شيء معين كحق الملكية ، فانها سلطة للانسان على ذات الشيء ، كما سنرى قريباً ، وكحق التملك بالشفعة ، وحق الانتفاع بالاعيان ، وحق الولاية على المال .

- أما التكليف فهو دائماً عبدة على انسان . وهو اما عبدة شخصية كقيام الاجير بعمله ، واما عبدة مالية كوفاء الدين .

فالهلطف بحرف (أو) في قولنا : « سلطة أو تكليفاً » يفسح مجالاً لتوزيع موضوعي الحق وهما (السلطة والتكليف) على موضعها وهما (الشخص والشيء) بحسب ما يناسب كلاهما :

فالحق في الشيء هو سلطة لصاحبه عليه أبداً . والحق على الشخص هو
اما تكليف عملي أو مالي عليه ، واما سلطة لغيره كما رأينا في الامثلة .

(٥) ان هذا التعريف ، كما يشمل بعمومه جميع انواع الحقوق
المدنية ، يشمل الحق الديني في تعالي كفروضة على عباده في صلاة وصيام ونحوهما .
ويشمل ايضاً الحقوق الادبية كحق الطاعة في معروف للوالد على
ولده ، وللرجل على زوجته

وكذا يتناول حقوق الولاية العامة في اقرار النظام ، وقمع الاجرام ،
والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والجهاد ، ونشر الدين والدعوة ، لان
كل ذلك واشباهه اما سلطة يختص بها من أثبت له الشرع ، واما تكليف بأمر
على مكلف به شرعاً .

على أنه لا علاقة لما سوى الحقوق المدنية بموضوع دراستنا هنا ، ولكن
التعريف للحق بمعناه العام يجب ان يكون شاملاً لجميع أنواعه .

(٦) - بما تقدم يتبين ان الحق بهذا المعنى الاصطلاحي لا يشمل الاعيان
الملوكة ، لانها اشياء مادية وليست اختصاصاً فيه سلطة أو تكليف .
ويؤيد ذلك ان الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الاعيان ، والحقية
يذكرونها في مقابلة الاموال ، ويقولون : ان الحق ليس بمال .

(ر : كتاب « الحق والذمة » للاستاذ الفقيه الشيخ علي الحليفي استاذ
الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة) .

وهذا يتفق مع رأي المحققين من علماء القانون ، اذ يرون ان قول
القاتل « هذا الشيء ملكي » هو من قبيل المجاز العرفي ، وانما التعبير الحقيقي
ان يقال : « الشيء الذي لي فيه حق ملكية ^(١) » .

(١) - عرف الاستاذ العلامة عبد الرزاق السهروري الحق بمعناه العام في المعاملات بأنه :

(مصلحة مالية يقرها القانون لفرد) (نظرية القصد ص / ٢)

تابع الحاشية

== وهذا التعريف في الأصل هو لفقه الاثني (اهرنج) وهو يتولد من وجوه :

أولاً (انه مقصور على الحق في المعاملات ، فلا يشمل بعض الحقوق الناشئة في زمرة الاحوال الشخصية كحق الولي والرعي في ممارسة سلطتها على القاصر ، وحق الزوج في طاعة زوجته له ومتابعتها .

ثانياً (انه ايضاً غير جامع لافراد الحقوق في المعاملات من جهة تقييده بأنه ذو قيمة مالية ، فانه لا يتناول الحقوق التي هي من قبيل الصلاحيات غير المالية كحق الوكيل في ممارسة العمل الموكل به ، فان حقه في هذه الممارسة ليس مصلحة مالية واعداً هو سلطة . وان كان العمل موضوع الصلاحية ذا قيمة مالية .

ثالثاً (ان الحق ليس هو المصلحة التي يفرونها بالنفس ذاتها ، وانما هو اختصاص الشخص بهذه المصلحة وعلاقته بها . فليست المصلحة في الحقيقة سوى متعلق للحق ، أي غل له ، وليس هو ايها ، وانما هو صلة او علاقة اختصاصية بين الشخص وبين المصلحة .

ولذلك لجأ بعض القانونيين بعد (اهرنج) الى تعديل هذا التعريف فقالوا .

(الحق هو القدرة على القيام باعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون) .

(ر : « النظرية العامة للحق » للدكتور شفيق شحاتة ف/ ٧ - ٨) .

وهذا التعريف أيضاً غير شديد لان القدرة ، وهي المكتبة القانونية ، انما هي أثر للحق وقيية يستلزمها ، وليست هي الحق نفسه ، كما انه يصر الحق في قيام صاحبه باعمال ينشأ عنها حق صور اخرى كحق الزوج على زوجته في الطاعة المشروعة .

(أ - فالشيخ عبد الحليم بن محمد امين الكنتوي في حاشيته (قر الاقرار) على كتاب (نور الأنوار) شرح (التار) في علم أصول الفقه قد عرف الحق بأنه (حكم يثبت) .

وهذا التعريف غير قوي ، لان الحكم في اصطلاح الاصوليين هو : (خطاب التارح) من أمر ونهي ونحوهما ، وان الحق أثر لهذا الخطاب ينشأ عنه وليس هو ايها .

وان أريد بالحكم معناه في اصطلاح الفقهاء ، وهو الاثر المترتب على الحادث كاتقال الملكية بالمبيع ، واحتباس الموهون بعد الزمن الخ ... كان التعريف ايضاً غير مفيد ، لان لفظ الحكم عام يشمل ما جبه التارح مباحاً ، وما شرعه على سبيل الاحتسان لا الاكراه . فيكون التعبير بلفظ (الحكم) مهماً لا يبين حقيقة مفهوم الحق ويميزانه التي يجب ان يكتنف عنها ،

التعريف وهي الاختصاص ، والعللة أو التكليف .

==

تابع الحاشية

ب) - وقد قل هذا التعريف الاستاذ الجليل الشيخ علي الحنيف ، واتقده بأنه تعريف عام يبين بنى جهات الحق دون بعضها الآخر . ثم عرفه هو تعريفاً آخر بقوله : (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً) .

(ر : كتاب الحق والقيمة ص / ٣٦) .

ولكن هذا التعريف ايضا فيا أرى غير محكم لمدة ملاحظات :

(أولاً) - لانه كايه لا يبين خصائص الحق المميزة له .

(ثانياً) - لان الحق ليس هو المصلحة التي يفرها الاستاذ الحنيف بالنفحة ذاتها ، وإنما

هو الملاقة الاختصاصية بها لصاحب الحق ، كما أوضحناه في نقد تعريف الاستاذ الشهورى .

(ثالثاً) - لان في هذا التعريف ما يحويه المتناطقة (دوراً) ويسمى في اصطلاح الفلغة

الحديثة : (دائرة فاسدة Vice cercle) وهو ان يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه

أو بنى مشتقاته ، كما لو قيل مثلاً في تعريف العلم : (العلم هو ادراك المعلوم) ، إذ يتوقف

عندئذ فهم التعريف على معرفة سابقة بالعلم المراد تعريفه ، بينما هذه المعرفة متوقفة على فهم

التعريف ، وهذا ممنوع في التعاريف .

فاذا قيل هنا : (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً) لم يمكن معرفة الحق الاصطلاحي الا

بفهم معنى كلمة (المستحقة) وهذه لا يفهم معناها الا بمعرفة الحق فيحصل التاليع .

ولذا استقر رأيي على التعريف الذي وضعت في هذا الكتاب ، وأرجو ان يكون سديداً .

الفرع الثاني

تقسم الحق الى مالي وغير مالي :
تقسم الحق المالي الى شخصي وعيني -
- ايضاح النوعين الحقوق العينية
اصلية وتبعية .
ثموات التمييز بين الحقين :الشخصي
والعيني - رأي الاستاذ السهوري فيه
بالنسبة الى الفقه الاسلامي ،ونقد هذا
الرأي- انقلاب احد الحقين الى الآخر-
اشتباه للنظر بينهما أحياناً .

ع - تقسيم الحق
يتضح مما تقدم أن الحق العام ينقسم الى قسمين اساسيين :مالي وغير مالي .
- فالحق المالي هو مايتعلق بالمال كملكية الاعيان أو الديون أو المنافع .
- وغير المالي كحق الولي في التصرف على الصغير ، والحقوق السياسية
أو الطبيعية كحقي الانتخاب وحق الحرية .
ثم أن الحق المالي وهو المقصود ببحثنا هنا يتفرع الى نوعين مهين وهما :
الحق الشخصي ، والحق العيني .

٥ - (أ) - الحق الشخصي والالتزام
كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما فيها مكلفاً تجاه الآخر ان

يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر ، أو ان يمتنع عن عمل مناف لمصلحته ،
مها كان مصدر تلك العلاقة ، فانها تقصر في الاصطلاح الفقهي ويعبر عنها بأنها
حق شخصي للاستفيد منها كما انها في الوقت نفسه التزام على الآخر المكلف بها .
ينطبق هذا على العلاقات التي تنشأ تصرفات الارادة (المقد ، والارادة
المفردة) كما في البيع مثلا ، فان أحد المتبايعين (المشتري) هو صاحب حق في
تسلم المبيع ، والآخر (البائع) ملتزم بالتسليم ، وفي الوقت نفسه يعتبر هذا
البائع الملتزم بتسليم المبيع صاحب حق في قبض ثمنه ، وذلك المشتري صاحب
الحق في استلام المبيع ملتزماً بدفع ثمنه

٦ وينطبق هذا التحليل أيضاً على العلاقات التي تنشأ وتولد من الأفعال :
فمن يأتي فعلاً صاراً بغيره في جسده أو ماله أو شرفه يتوجب عليه التزام نحو
المضروب بتعويض مالي عن الضرر الذي لحقه به كما ينشأ للمضروب حق عليه
بذلك التعويض . فالضار ملتزم ، والمضروب صاحب حق شخصي ، أو ملتزم له .
وينطبق أيضاً على العلاقات التي يوجبها القانون مباشرة كالنفقة بين الأقارب ،
للفقراء العاجزين منهم على الأغنياء ، فالغني ملتزم قانوناً بالنفقة على قريبه الفقير
العاجز عن الكسب بمحدود وشرائط معينة ، وذلك الفقير صاحب حق شخصي
على قريبه الغني المذكور .

وهكذا يقال في كل علاقة متشابها بين شخصين مها كان مصدرها المولد لها .

٧ - تعريف الحق الشخصي .

ويمكننا تعريف الحق الشخصي بأنه مطلب يقره الشرح لشخص على آخر .
وهذا الحق يكون متعلقه :

- تارة قياماً بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق ،

- وتارة امتناعاً عن فعل مناف لمصلحته .

وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر ، فان أحدهما يستحق على

الآخر أداه الثمن ، والآخر يستحق تسليم المبيع (وكل من هذين الحقبين فعل) .
وكذا حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة ، وهذا (امتناع
عن فعل)

٨ - (ب) الحق العيني

فإذا كانت العلاقة الحقوقية المباشرة ليست بين شخصين أحدهما مستحق
على الآخر وذلك الآخر مكلف ومسؤول ، ولكنها بين شخصين وشيء مادي
معين بذاته بحيث يكون الشخص ذا مصلحة اختصاصية تخوله سلطة مباشرة
على عين مادية معينة ، فإن هذه العلاقة تفسر ويعبر عنها في لغة القانون بأنها
حق عيني في ذلك الشيء المعين لصاحب السلطة عليه . وذلك كحق الملكية ،
فانه سلطة قانونية مباشرة لصاحبه المالك على الشيء المملوك . وهذه السلطة
لا يتوقف تحقق معناها قانوناً ولا ممارستها على وجود شخص آخر غير المالك
أو وساطته ، بل معناها متحقق بمجرد وجود المالك والمملوك . ويستطيع
المالك بممارسة سلطته هذه على الشيء المملوك والتمتع بثمراتها المشروعة من
استعمال أو استغلال أو استهلاك أو احتباس دون توقف على أحد .

ومثل ذلك يقال في حق الارتفاق المقرر على عقار معين ، كحق المرور
أو المسيل ، أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور ، فإن المرتفق بهذه المنافع
إنما ينتفع بالشيء دون وساطة شخص يتوقف عليها الاستيفاء الطبيعي لهذا الحق
شرعاً^(١) .

(١) - يلاحظ في هذا المقام أن التثريب العقاري الحديث يعتبر حق الارتفاق العقاري
تكليفاً مرتبطاً على عقار معين لمنفعة عقار آخر معين ، (انظر المادة ٩٦٠ من القانون المدني
السوري) وهذا قد يشعر بإمكان تصور بعض الحقوق العينية مجردة عن صاحب . ووجه النظر
في ذلك ان تبدل المالكين في العقارين لا يغير من وضعية الحق بين العقارين ، فالحق مرتبط =

وكذا حق الاحتباس لعين معينة حيث يسوغ القانون توثيقاً لدين ،
كاحتباس المال المرهون . فالدين المرهون به هو حق شخصي بين شخصين ، أما
حق الدائن المرتهن في احتباس المال المرهون لديه توثيقاً لاستيفاء الدين (ويسمى
قانوناً : حق الرهن) فهو حق عيني ، أي سلطة مباشرة له على ذلك الشيء
المرهون أي أن العلاقة فيه هي بين شخص وشيء ، لا بين شخص وشخص .
فليس في الحق العيني سوى عنصرين بارزين هما : صاحبه ، وعمله ، وهذا
الحل هو الشيء .

وذلك بخلاف الحق الشخصي ، فإن فيه رابطة شرعية حقوقية بين شخصين
كما تقدم . فقيه - ما خلا العنصرين السالفي الذكر في الحق العيني - عنصر ثالث
هو المكلف أو المدين .

وبذلك يكون استيفاء الحق الشخصي في الحالة الطبيعية بواسطة من عليه
الحق ، فلا بد من التوجه إليه لطلبه منه واقتضائه

ولذا كان استيفاء صاحب الحق الشخصي إياه بنفسه بالقوة والعنف دون
رضى المكلف المدين ولا وساطة القضاء يعتبر في نظر الشرائع عملاً إجرامياً
يعاقب عليه صاحب الحق^(١)

وبلحظ في هذا المقام أنه قد يوجد حول شيء واحد حقان شخصي
وعيني ، باعتبارين من ناحيتين مختلفتين ، كما في الشيء المقتصود مثلاً :

= بالمعار لا بآلته . ووجه التوفيق بين هذا المفهوم وبين التمرير المأثور لحق العيني هو أن
الاستفاد بحق الارتفاق إنما يكون لشخص المالك وهو الذي يمارس سلطة الحق .

(١) أما إذا وقع للدين الماطل مال في يده دائته ، فأخذ منه الدائن مقدار حقه الحقيقي
دون علم المدين ، فذلك جائز له ديانة أما في نظام القضاء فإن القاضي إذا رفع الأمر إليه
إليه لا يقره عليه ، بل يوجب عليه الرد ما لم يثبت دينه ويقض له به ، كما تقدم في الجزء الأول
المدخل الفقهي العام (ر : ج ١ ف / ١٠٨ و ٤ الأخيرة ، و ٦٥٥) .

.. فلكية المالك لشيء المقتبب هو حق عيني ، لآنا علاقة مباشرة بينه وبين الشيء المقتبب تقتضي له سلطة مشروعة عليه
- أما حقه على القاصب في أن يرد إليه ذلك الشيء المقتبب فهو حق شخصي ، أي علاقة بينه وبين القاصب ، هو فيها مستحق للرد ، والقاصب ملتزم به .

٩ - ملاحظات :

بما تقدم عن الحقين الشخصي والعيني تلاحظ وتستخلص الملاحظات التالية:
١) أن الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو محله معيناً بذاته في الوجود الخارجي ، كي تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة وبلا واسطة .
فاذا لم يكن محل الحق معيناً بذاته بل بنوعه فقط كما في شراء كمية محددة المقدار غير معينة الذات من القمح أو السكر أو نحوهما ، فإن هذا المحل يكون من قبيل الدين لا العين ، فلا يكون متعيناً في الوجود الخارجي ، بل مكانه الاعتباري هو الذمة ، فلا يكون الحق عينياً بل شخصياً .
وكذا اذا هلك المقتبب في يد القاصب ، فانتقل حق المالك من عين المقتبب الى قيمته في ذمة القاصب ، صار حقه في القيمة حقاً شخصياً .
٢) - أن السلطة التي تصاحب الحق العيني على الشيء محل هذا الحق ليس معناها أن يكون ذلك الشيء في يده ، بل يعتبر له هذه السلطة عليه بمقتضى حقه العيني فيه ولو كان ذلك الشيء محل الحق موجوداً في حيازة شخص آخر ، بوجه مشروع ، كالوديعة عند الوديعة ، أو بوجه غير مشروع ، كالمقتبب عند القاصب ، والمسروق عند السارق . فالقاصب والسارق متسلطان على الشيء سلطة فعلية ، ولكن ليس لهما حق عيني فيه ، لآنا الحق العيني فيه لصاحب السلطة المشروعة القانونية وهو المالك وان لم يكن ذلك الشيء في حيازته .

١٠ - الحق العيني نوعان : أصلي وتبعي

وبالتأمل بالأمانة التي أوردناها عن الحق العيني يتضح ان هذا الحق نوعان :

(١) - نوع ذو مفهوم ووجود مستقل يتحقق بمجرد وجود صاحب الحق وعمله الذي هو الشيء المعين ، كحق الملكية وحق الارتفاق .

(٢) - ونوع آخر توثيقي يثبت ويقرر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر مديون له ، ليتمكن الدائن ان يستوفي دينه منه عند عدم وفاء المدين ، كحق المرتهن في احتباس المال المرهون . فهو حق عيني غير مستقل في مفهومه ووجوده ، بل هو تابع للدين لأنه توثيق لاستيفائه . فاذا سقط الدين بوفاء أو ببراء أو غير ذلك من اسباب انقضاء الالتزام سقط حق المرتهن في احتباس المرهون (أي حق الرهن) لأنه تابع لذلك الحق الشخصي (أي الدين المرهون فيه) .

- فالنوع الأول المستقل يسمى في الاصطلاح القانوني : حقاً صلياً أصلياً .

أما غير المستقل فيسمى حقاً عيانياً تبعياً .

والحق العيني الاصلي سلطته تخول صاحبه احدى أو جميع المكنات الثلاث التالية : (١) استعمال العين محل الحق (٢) واستغلالها (٣) والتصرف بها .

١١ - وهذه المكنات الثلاث اذا اجتمعت شرعاً في حق عيني كونهت فيه أوسع سلطة يمكن أن يكسبها صاحب حق عيني . ولكنها لا تجتمع كلها الا في حق عيني واحد هو ملكية الشيء . ولذلك توصف الملكية بأنها أوسع الحقوق العينية مدى .

وتوجد الى جانب حق الملكية حقوق متفرعة عنه لا تخول صاحبها الا بعض هذه المكنات كحق الاستعمال ، وحق الانتفاع ، وحق السكنى ،

وحقوق الارتفاق القانونية .

أما الحق العيني التبعية فسلطته لا تغول صاحبه شيئاً من هذه المكنات أو الزايا ، لأن غايته توثيق حق شخصي لصاحبه كما تقدم ، فسلطته تنحصر في ضمان استيفاء ذلك الحق الشخصي من المال المقر عليه هذا الحق العيني التبعية ، بطريق الأولوية على غيره من الدائنين الآخرين^(١) .

(١) - وهناك نوع ثالث حديث من الحقوق المالية أوجده أوضاع الحياة المدنية والاقتصادية والتنافية الحديثة ، وظلمت القوانين الحرية والاتفاقات الدولية ، بسببه بسن القانونيين : الحقوق الادبية ، كحق المخترع والمؤلف وكل منتج لأثر مبتكر فني أو صناعي . فان هؤلاء حقاً في الاحتفاظ بنسبة ما اخترعوه أو اتجهوا اليهم ، في احتكار النفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره وتسميته . ومنه العلامات الفارقة الصناعية ، والناويز التجارية ، وامتيازات إصدار الصحف الدورية . كل ذلك بشرائط وحدود تقررهما القوانين المحلية والاتفاقات الدولية .

لهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً في الشرائع القديمة ، لانه وليد العوامل والوسائط المدنية والاقتصادية الحديثة .

وهو لا يدخل في الحقوق البينة لانه لا يرد مثلها مباشرة على شي. مادي معين ، كما انه لا يدخل في الحقوق الشخصية لانه لا يفرض تكليفاً خاصاً على شخص معين آخر غير صاحب الحق .

والنقد من اقرار هذه الحقوق انما هو تشجيع الاختراع والابداع ، كي يلم من يبذل جهده فيها انه سيستس باستثمارها ، وسيكون محباً من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويأجوه في استغلالها .

وفي الشرع الاسلامي متسع لهذا التدبير تخريجاً على قاعدة المصالح المرسدة في ميدان الحقوق الخاصة . وقد تقدم ايضاح تلك القاعدة في الجزء الاول (المدخل الفقهي العام) ، فليظفر هناك (ج ١ ف ٣/١٩) .

وقد رجحنا أن نسمي هذا النوع « حقوق الابتكار » لان اسم « الحقوق الادبية » ضيق لا يتلاءم مع كثير من المراد هذا النوع ، كالاختصاص بالعلامات المسارة التجارية ، والادوات الصناعية المبتكرة وعناويز الحال التجارية ، مما لاسعة له بالادب والتأج الفكري .

١٢ - ثمة التمييز بين الحقين :

لهذه التفرقة بين الحقين العيني والشخصي ثمرات ونتائج هامة . فقد اختص كل منها بمزايا تتناسب مع طبيعته نذكر منها مايلي :

(١) لصاحب الحق العيني حق التبعية^(١)

فله أن يتبع الشيء المتعلق به حقه في أي يد انتقل إليها ، أي أنه ينتقل بحقه مع العين مهما كان سبب انتقالها من يد إلى يد^(٢) .

=أما اسم « حق الابتكار » فيشمل الحقوق الادبية كحق المؤلف في استغلال كتابه ، والصفي في امتياز صهيته ، والفنان في اثره الفني من الفنون الجميلة . كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية ، كحق عتق الآلة ، ومبتدع العلامة الفارقة التي تالت التتمة ، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة الخ ..

(١) - حق التبعية هو : الحق في اقتفاء عين مينة بذاتها حيثما وجدت للاستيلاء عليها ، أو لاستيفاء منفعة منها .

وحق التبعية هذا قد يكون ناشئاً عن تعلق الحقوق بالاعيان لذاتها ، كما اذا كانت العين نفسها أو منافعها ملكاً لمتبعا ، أو كان له حق ارتفاق عليها ، فيستولي عليها ليتمكن من التصرف أو الانتفاع بها . فذلك في الحالين نتيجة لتعلق الحق بذات العين .

وقد يكون حق التبعية ناشئاً عن تعلق حق بعين بالنظر الى ماليتها ، لا الى ذاتها وصورتها ، وذلك في حق الامتياز وحق الارتثان وحق الاحتباس (ر : ف / ٢٠ و ٢١) فان هذه الحقوق ماشرعت الا لتكون وسائل لتوثيق الديون في الابتداء ، واستيفائها في النهاية ، عندما تجمل الاعيان المتعلقة بها علا للوفاء ، فتباع لاجل هذا الفرض ، وذلك بسبب ما تقتضيه من أولوية صاحبها على غيره من القراء في الاستيفاء .

وفي هذه الحال لا يظهر حق التبعية لذات العين ، لان المصود منها هو ماليتها ، فاذا استبدلت بها قيمتها المالية تطلعت هذه الحقوق بتلك القيمة وانتقلت اليها ، ولا تقتضي العين ذاتها حبثاً ، كالو باع الرامن المرمون باذن المرتين اذ ينتقل الرهن الى البدل .

(ر : كتاب الحق والذمة للاستاذ الجليل للشيخ علي الحنيف ، ص / ٧٩ .

(٢) - في الفقه القانوني حق التبعية هذا مقيد بقاعدة تقول « ان حيازة المتقول بحسن

نية سند للملكية » فاذا كان ذواليد الاخيرة قد حصل على العين المتقولة بطريق مشروع وبحسن

وعلى هذا الأساس وضع الفقهاء القاعدة القائلة :

« ان دعوى العين لاتقام الا على ذي اليد »

فلو غصب انسان شيئاً ثم باعه أو غصب منه ، وتناقلته الأيدي ، ليس لصاحبه أن يدعي على الغاصب الاول ببرد عينه ، بل عليه أن يدعي بذلك على ذي اليد الاخيرة . ونافله ان يدعي بضمان قيمته وهذا حق شخصي - على الغاصب الاول وعلى من بعده من ذوي الايدي السابقة (م / ١٦٣٥) .

بمخلاف الحق الشخصي ، فانه لا يطلبه صاحبه الا من المكلف به اصاله أو يابة ، لأنه لا يمكن فيه مثل ذلك الانتقال والتبعية لأنه متعلق بذمة المكلف وعهدة الشخصية ، فلا يسأل عنه غيره الا بارادة ذلك الغير كما في حالة الكفالة والحوالة .

أما الحق العيني موضوع البحث فانه متعلق بعين معينة كما رأينا لابذمة شخصية . والعين يمكن أن تنتقل من يد الى أخرى دون ارادة صاحبها كما في النصب والسرقة والضياع ، وهي مثقلة بملكية صاحبها ، فينتقل حقه في عينها معها .

٢ - لصاحب الحق العيني التبعية - كما في الرهن - حق الاولوية والامتياز (١) .

= نية نكتة ملكيته فيه ولا تنزع ، ولصاحب العين أن يلاحق المؤول الذي قبل الاخير الحائز بالضمان والتحويل حرصاً على استقرار المعاملات .

(١) - حق الامتياز هو حق ممنوح لانواع معينة من الديون أن تستوفى قبل غيرها اما من جميع اموال المدين ، أو من جزء معين من أمواله .

ولا يتحقق هذا الحق الا عند تراحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولا حدها حق التقدم على غيره ، فيكون لهذا الدين المتقدم حق الاولوية أو حق الامتياز .

ومن ذلك يتبين ان الحق العيني التبعية الذي يتمتع صاحبه بالامتياز لا يكون الا تابعاً =

وعن هذا قال الفقهاء : ان حق المرتن في استيفاء دينه من العين المرهونة
مقدم على حقوق بقية الدائنين (م / ٢٧٩) .

أما الدائنون الشخصيون فهما كان مـ... در حقهم أو تاريخه فلا امتياز
لأحدهم في التقدم على سواه ، بل توزع عليهم اموال المدين بنسبة ديونهم .
وقد نصرا على أن البائع لو مات مفلساً قبل تسليم المبيع المعين فالمشتري
أولى به من سائر الغرماء بخلاف ما لو مات المشتري مفلساً قبل أداء الثمن ،
والمبيع قائم في تركته ، اذ يكون البائع أسوة الغرماء (المجلة / ٢٩٥ ، ٢٩٧)
وسياقي قريباً ايضاحه (و : ف / ١٤) .

فالأصل في الحق الشخصي أنه لا يتحول صاحبه امتيازاً الا بنص خاص
استثنائي .

وقد وجد هذا الامتياز الاستثنائي شرعاً وقانوناً لبعض الحقوق الشخصية
لاعتبارات خاصة .

(ا) - فمن هذه الاعتبارات ما يرجع الى الشك والريبة في الحق المزاحم .

وذلك كما في تقديم دين الصعة على دين مرض الموت ، (م / ١٦٠٢) .

(ب) ومنها ما يرجع الى الضرورة .

وذلك كتقديم حق تجهيز الميت وتكفينه على ديونه :

- فعند الحنابلة يقدم ذلك على جميع الديون .

- وعند الحنفية انما يقدم على الديون العادية فقط أي غير الموثقة باحتباس

عين معينة لاستيفائها منها ؛ أما الديون الموثقة فتقدم على التجهيز والتكفين كدين

المرتن ، وثمن المبيع قبل تسليمه .

== دين ومن ثم يسمى : حقاً تبعياً ، لانه تبع لدين يبعي بقاءه ، ويسقط بطلوه .

(ر : كتاب الحق والذمة للشيخ علي الحقيف ، ص ٦٦ و ٨٠)

ومن امتياز الحق الشخصي لضرورة قانوناً تقديم دين النفقة للزوجة والاولاد الصغار على بقية المدينين العادية في الاستيفاء بمقتضى الاحكام القانونية لدينا ، لأن النفقة تتعلق بها حياة مستعظميها .

(ج) - ومنها ما يعود الى رجحان حق عام على حق خاص .

وذلك كامتياز ديون الضرائب الحكومية على ديون الناس العادية فتستوفى أولاً من طابق المجلس أو تركته في الأحكام القانونية .

(٣) - يتم اسقاط ما يصح اسقاطه من الحقوق العينية بإرادة صاحبه المتفرده . وذلك كالرهن فان له فسخ الرهن وان أبى الراهن .

بخلاف الحق الشخصي ، فان اسقاطه بإرادة صاحبه ، كما في الإبراء عن الدين ، والخط من قن المبيع ، لا بد فيه من موافقة المدين ولو ضمناً ، وذلك بأن لا يرضى الاسقاط . ولذا كان من احكام الإبراء انه يرتد برد المدين إذ قد يراه منافياً لمصلحته المعنوية (المجلد / ٧١٦ و ١٥٦٨) .

وانما قلنا : (ما يصح اسقاطه) ، لأن من الحقوق العينية ما لا يقبل الاسقاط ، كحق الملكية على ما تقدم في بحث خصائص الملكية في الجزء الاول (ف / ١٢٣) .
(٤) - ان الحق العيني الناشئ عن عقد اذا هلك محله قبل تنفيذ العقد استحال تنفيذه وبطل العقد

وذلك كالبيع المعين اذا هلك قبل التسليم (المجلد / ٢٩٣) ، والمأجور اذا هلك قبل التمكن من استيفاء المنفعة .

حتى انه في العقود المستمرة^(١) كالاجارة ، والرهن ، والشركة ، اذا هلك

(١) - العقد المستمر : هو الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن ، كالاجارة والشركة أي ان الزمن الممتد هو عنصر اساسي في تنفيذه ويسمى ايضاً : عقد المدة ، والعقد الزمني .
وبقائه العقد الفوري وهو الذي يكون تنفيذه نفعاً واحدة في الوقت المحدد له ، كالبيع =

عمل الحق العيني، ولو بعد البدء بالتنفيذ، انتقضت تلك العقود لاستحالة استمرارها، كما لو هلك المأجور أو الموهون أو مال الشركة في يد المتأجر أو المرتهن أو الشريك، إذ تبطل هذه العقود، ولا يكلف الطرف الآخر تقديم مال يحل محل الهالك.

هـ - إن الحق العيني يسقط بهلاك العين التي هي محله، لثقله بذاتها ثم إذا كان هناك مسؤول عن هذا الهلاك يتحول ذلك الحق العيني إلى حق شخصي بضمان القبية، كهلاك المقتبض عند القاصب.

وإن لم يكن هناك مسؤول سقط لالملي عوض.

أما الحق الشخصي فلا يسقط بهلاك أموال المدين به لأنه تكليف غير متعلق في الأصل بمال معين. فإذا هلك مال المكلف فأن ما لا آخر بما يقتنيه يصلح للوفاء^(١).

١٣ - انقلاب الحق العيني إلى شخصي، وبالعكس

أ - كثيراً ما ينقلب الحق العيني إلى شخصي؛ فينقلب معه حكمه الذي كان ناشئاً عن عيئته.

وذلك كما في المقتبض. فإنه، مادام باقية عيئه على حالها في يد القاصب، فلهاك حق عيني فيه يسوغ طلب استرداده.

= ولو كان الثمن فيه مؤجلاً.

هذا تعريف علماء الفاعون وهو ملائم لفتلر النقي.

(١) - يلاحظ هنا أن حق التلي لا يسقط بهلاك الفل، بل للترفق صاحب الملوآن يبعد بناء الفل ويتلى عليه ويستنفه حتى يدفع له صاحب الفل ما أنفق وذلك لأن حق التلي العيني لم يهلك إلا كانهائياً، بل هو قابل للإعادة على وجه يمكن منه التلي، لأن حق المرفق إنما هو في التلي على الفل لا في الفل ذاته. فإن لم يبعد صاحبه بناءه فللترفق أن يبيده بأمر القاضي ويجبه عنه حتى يدفع له ما أنفق، فيصان حقه دون أن يجبر صاحب الفل على البناء (ر : المجلة م / ١٣١٥).

لكن اذا حوله الغاصب الى صفة أخرى يحدث له بها اسم جديد - كما لو كان المنصوب حنطة قطعها الغاصب حتى صار اسمها دقيقاً ، او كان المنصوب حديد فصنعها سكيناً - يعتبر هذا كالاهلاك ، ويتحول حقه عن استرداد عين المنصوب الى تضمين قيمته (المجلة / ٨٩٩) فيصبح حقه شخصياً بعد أن كان عينياً .

ومن هذا القليل جميع صور ضمان الاعيان والممتلكات ، والصلح عن عين يبلغ يلتزم في الذمة .

ب) - وأما العكس ، وهو انقلاب الحق الشخصي الى عيني ، فلم أجده من تعرض لذكره وهو نادر .

ويمكن تصويره بما اذا باع المدين لدائنه شيئاً بدينه ، أي بأن جعل الدين نفسه هو الثمن ، وهي حالة « الوفاء بمقابل » في اصطلاح الحقوقيين . فهذا يسقط الدين وينقلب حق الدائن الى ملكية العين .

أما لو لم يجعل الدين نفسه هو الثمن فان كلا منها يصبح دائناً ومديناً ، فيتقاسان ولا يكون انقلاب (كما سنرى في بحث نتائج التمييز بين العين والدين في الفرع الخامس) .

وكذا تعلق حق الدائنين بتركه المدين المستغرة بالدين اذا توفي ، كما سيأتي في الفقرة / ٧٤ / فان حقهم يكتسب صفة شبه عينية بعد أن كان شخصياً محضاً متعلقاً بالذمة .

٤٦) هذا وقد يختلف الاجتهاد والنظر في اعتبار عينية الحق وشخصيته ، فينشأ منه اختلاف الفقهاء في الاحكام ، استناداً الى اختلاف وجهة نظرم في صفة الحق .

مثال ذلك ان المبيع يعتبر لبائنه حق عيني فيه يسوغه حبه لديه حتى

استيفاء ثمنه المعجل الذي هو حقه الشخصي في ذمة المشتري ، فإذا سلمه البائع الى المشتري دون ان يقبض الثمن ، فبات المشتري مفلساً والمبيع قائم بعينه في تركته ، فهل يكون للبائع اولوية بأخذه من التركة مرجحاً فيه على سائر القرماء ، أو يكون اسوة القرماء فيما يصيب ثمنه من التركة ؟

ذهب الاجتهاد الشافعي الى اعتبار حق الاولوية للبائع وفي هذا اعتبار بقاء عينية حقه في المبيع قبل قبض الثمن مادام قائماً في التركة المستغرقة وهذا في الحقيقة مبني على ان البائع حينئذ في الاجتهاد الشافعي حق فسخ البيع .

وذهب الاجتهاد الحنفي الى ان للبائع اسوة القرماء بلا اولوية (المجلة ٢٨١ / ٢٩٥) معتبراً ان حق البائع انقطع من عين المبيع بعد تسليمه ، فأصبح شخصياً محضاً يتعلق بالثمن في الذمة ، والمبيع أصبح تركاً محضاً للمشتري كبقية امواله .

١٥ - وأي الاستاذ السنبوري هنا ، وانتقادنا عليه :

جاء في نظرية المقد للاستاذ العلامة عبد الرزاق احمد السنبوري (ص ٦ /

حاشية ٢) .

« ان الثمرة الاسلامية لا يستشعر فيها بهذا التمييز بين الحق العيني والشخصي ، الا في بعض عبارات تأتي عرضاً في موضوعات مختلفة ميز فيها فقهاء المسلمين بين حق يتعلق بالعين وحق لا يتعلق بها ، ولكنه تمييز غير واضح ، ولم تعقب عليه الفقهاء تعقيباً يتفق مع اهميته ، ولم تصغ منه نظرية مبهدة كما فعلت في النظريات الاخرى لفقهاء الاسلامي ، وان كان الفقهاء قد رتبوا الحق الرهن مثلاً حق التقديم ونوعاً من حق التبجح » اهـ

اقول

أ) - أما أن فقهاء المسلمين لم يصوغوا نظرية مبهدة مستقلة للتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني فنعم . وهذا راجع الى اختلاف مبنى الترتيب والصياغة بين الفقه الاسلامي والفقه الاجنبي .

فالفقه الاجنبي يقوم ترتيبه على اساس تقسيم أحكامه الى زمرتين منفصلتين (١) - زمرة أحكام الحقوق الشخصية ، وتشتمل على النظرية العامة للالتزامات ، ثم أحكام العقود المسماة .

٢) وزمرة أحكام الحقوق العينية . وتسمى : « نظرية الاموال » . ومن ثم يبرز للنظر هذا التمييز بين الحقين العيني والشخصي في الفقه الاجنبي والقوانين المصوغة منه ، لأن هذا التمييز هو أساس ترتيب الفقه الاجنبي كله .

أما الفقه الاسلامي فان ترتيبه وصياغته يقومان على أساس مرد مصادر الحقوق والالتزامات ، وبيان أحكامها ونتائجها في كل مصدر بحسب أحواله . فلم يبق مجال لأن يظهر تمييز فقهاء الفقه الاسلامي بين الحقين العيني والشخصي الا في فروع الاحكام المتفرقة لمن يتبعها .

واذا كان فقهاؤنا لم يتخذوا هذا التمييز بين نوعي الحق اساساً لترتيب فقههم كما فعل علماء القانون الاجنبي فليس من ذلك أبداً دلالة على عدم تمييز فقهاؤنا بين نوعي الحق وطبيعتها تمييزاً ذاتياً !! إذ العبارة في هذا التمييز لفروع الاحكام للترتيب .

وهذا بما دعانا الى صياغة فقهاؤنا على غرار نظرية الالتزامات القانونية .
ب) - والواقع ان فقهاءنا قد ميزوا بين الحقين في جميع المسائل التي يقتضي هذا التمييز فيها اختلاف الاحكام ، ولهم في ذلك انظار دقيقة جداً .
- فمن ذلك الامثلة التي تقدمت في غرر التفرقة بين الحقين فكها

أئمة فقهية عزوها الى مصادرها ، وهي تناظر تماماً ما يذكره علماء القانون في هذا الصدد .

— ومن ذلك أيضاً تصريح فقهاءنا بأن المبيع المعين إذا استحق^(١) من يد المشتري ينتقض عقد البيع السابق ، فلا يكلف البائع اعطاء المشتري مثل المبيع الذي استحق من يده ، بل يسترد المشتري مادفع من الثمن لأن حق المشتري عيني متعلق بعين المبيع ، فباستحقاق المبيع استحال تنفيذ البيع فيبطل .

أما إذا استحق الثمن من يد البائع فلا ينتقض البيع ولا يسترد البائع المبيع وان كان قائماً ، وانما يرجع على المشتري بمثل الثمن المستحق ، لأن أصل الثمن حق شخصي للبائع في ذمة المشتري ، فاذا وفاه إياه بمبلغ معين فاستحق هذا المبلغ من يد البائع تبين عدم صحة وفاء الثمن فيوفيه المشتري مجدداً ببلغ آخر .

— ومن ذلك أيضاً ما صرحوا به في بحث الحقوق التي تتعلق بالتركة ، وتربيب استيفائها ، فقد قالوا : ان الحقوق منها ما يتعلق بعين التركة ، كالدين الملتق بالمرهون والمأجور^(٢) وأرش جناية العبد الجاني في حياة مولاه^(٣) ، والمبيع المحبوس بالثمن ، والعبد المأذون بالتجارة اذا لحقته ديون ثم مات المولى

(١) — الاستحقاق هو أن يدمي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها له بقبضه . (راجع ١٩٢٦ ف ٣ / الحاشية) .

(٢) — لهم كيفية تعلق الدين بين المأجور اضطر ما سيأتي (ف / ١٨) .

(٣) — العبد اذا جنى جناية تعلق حق الجاني عليه بشخص العبد الجاني باجبار . أنه هو نفسه مال . فان لم يدفع مولاه أرش جنايته فداء لهياع العبد ويستوفى أرش جنايته من قيمته ، كما يباع المرهون لو فاء الدين . وقبل ذلك اذا مات المولى يكون هذا العبد الجاني من تركته اليه متعلقاً بحق الجاني عليه كالمرهون .

ولا مال له سوى هذا العبد الخ .. ومنها ما يتعلق بمالية التركة كالديون العادية التي على الميت .

- فالنوع الأول يقدم استيفاؤه على نفقات التتففين إلا إذا كان الحق قد يتعلق بالميت بعد صيرورتها تركة ، كالميت الموصى بها فان تنفيذ الوصية بها عندئذ يؤخر عن التتففين .

- وأما النوع الثاني فان التتففين يقدم عليه مطلقاً (شرح السراجية للسيد الجرجاني وحاشيته للعلامة محمد شاه الفتاري) .

والعلة هي أن هذا النوع الثاني حقوق شخصية على الميت لا تتعلق بميت معينة من التركة ليكون لاستيفائها امتياز ورجحان .

- ومن ذلك أيضاً الفرع الآتي (آخر بحث نتائج التمييز بين العدين والدين ف/ ١١٧) في الفرق بين إقرار المدين بوكالة الوكيل بقبض الدين وإقرار الوديع بوكالة الوكيل بقبض الوديعة فليتنظر .
وأمثال هذه الأمثلة في الفقه كثير .

فمجموعة هذه النصوص تدل على فكرة مبدأ عام لدى فقهاءنا في هذا التمييز ، افرغوها عملياً في فروع الاحكام ، وان لم يصوغوها نظرياً بانسجام وإحكام ، شأنهم في صياغة الفقه عمومأً بالاسلوب الفروعى لا الموضوعى ، كما أوضعنأه في مقدمة الجزء الاول . ولكن تتعلى للباحث خلف تلك الفروع ، المبادئ العامة والنظريات الفقهية التي كانت تسود في فكر المجتهدين والمخرجين عند الاستنباط والتفريع .

الفرع الثالث

انواع الحق العيني

والحقوق شبه العينية

١٦ - أنواع الحق العيني في الفقه الاسلامي :

بعد ان وضع بما سلف بيانه التمييز الفقهي بين الحق العيني والحق الشخصي وغرات هذا التمييز ، نورد فيما يلي أنواع الحقوق العينية في الفقه الاسلامي . ويمكن اجمالها في الأنواع التالية :

- ١ - حق الملكية
- ٢ - حق الانتفاع
- ٣ - حقوق الارتفاق
- ٤ - حق الارتهان
- ٥ - حق الاحتباس
- ٦ - حق الرقبة

٧ - حقوق القرار على الاوقاف^(١)

١٧ - حق الملكية :^(٢)

وهو في نظر الفقهاء حق يعطي صاحبه سلطة على الشيء تجعل له فيه ولاية وممكنة مطلقة ، ويجوز له فيه جميع وجوه الاستعمال والانتفاع والاستهلاك مالم يلزم من ذلك ضرر بالغير فتتهد حرية المالك بما تقتضيه صيانة حق الغير . وذلك كما في تصرف الشريك بالمال المشترك اذ يمنع عن كل تصرف مضر ، فلا يحق له تجاوز المعتاد في استعمال الدابة أو الثوب المشتركين مثلاً ، ولا يحق له استهلاكه ، فان استهلكه عد معتدياً. وضمن نصيب شريكه .

وكذلك تقيد حريته في التصرف بالمعار ، ولو غير مشترك ، بما لا يضر بجيرانه . (ر : المجلة / ١١٩٢ ١٢١٢) .

١٨ - حق الانتفاع :^(٣)

الانتفاع هو من ثمرات الملكية وهذه الثمرات هي ، كالملكية ، حقوق

(١) - ان المادة / ١٠ / من قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم / ٣٣٤٩ / وبمده المادة / ٨٥ / من القانون المدني السوري قد عدت الحقوق العينية العقارية بلغت اثني عشر حقاً مظهرها داخل فبا يبناه وهي : حق الملكية - والتصرف - والطمية - والانتفاع - والافضلية في الاراضي الخالية المباحة - والارتفاق - والرهون - والامتيازات والتأمينات - والوقف - والاجارين - والاجارة الطويلة - والحجار الناشئة عن وعيد بيع المعار . والرأي المرجح أن الحقوق العينية غير مذكورة في القانون على سبيل الحصر .

(٢) - الملك هو : « اختصاص حازر ترعاً يسوغ التصرف الا مانع » والمانع يشمل نفس الاهلية كما في الصغير اذ يتصرف عنه وليه ، ويشمل حق الغير كما في المال المشترك والمال المهرن اذ تنقيد فيها تصرفات الشركاء والراهن ، فوجوده لا ينفي الملك لانه عارض . وهذا التعريف يتناول ملكية الاعيان والمنافع والحقوق .

(٣) - المراد ملك المنفعة . ونقهاء الترية الاسلامية يفرقون بين حق الانتفاع وملك المنفعة . من حيث العموم والمحموس في المنفعة . ومن حيث القوة والضعف في الحق : فملك -

هنية . وتتلخص في أمرين : حق الاستعمال وحق الاستغلال ويشملها حق الانتفاع لان كلا منها منفعة تعود على المالك .

وحق الاستعمال قد ينقل عن حق الاستغلال ، كما في الموقوف للسكنى ، والعقار الموصى بسكناء لشخص أو أشخاص ، فان للموقوف عليه والموصى له أن يسكنوا دون أن يستغلا بالايجار .

وقد يجتمع الاستعمال والاستغلال كما في العقار الموقوف للسكنى والايجار ، أو الموصى به كذلك ، وكما في الشيء المأجور أو المعار ، ففي الاجتهاد الحنفي ، للمستأجر أن يؤجر ما لا يختلف باختلاف المستعملين كالعقار ، والمستعير أن يعير سواء في العارية المطلقة (المجلد ٢٨/١٩٩ و ٨١٩) وذلك بناء على الاصل النظري : أن من ملك الشيء حق له تملكه ، والمستأجر والمستعير مالكان للنفعة فلها تملكها . ولكن ليس للمستعير أن يؤجر لان الاجارة أقوى من الاعارة ، ولا يستطيع الشخص تملك اكثر مما يملك هو . فالاجارة عقد لازم ، والاعارة عقد غير لازم ، فلو ساءل للمستعير أن يؤجر العارية لامتنع حق المير في الرجوع عن الاعارة واسترداد العارية .

غير أن قوانين الايجارات لدينا اليوم تمنع المستأجر أيضاً من أن يؤجر العقار المأجور الا باذن من المؤجر ، وفي هذا المنع حكمة ومصلحة كما سنراه في موضعه

- المنفعة قهراً انما ينشأ عن عقد مملك كالوقف والاجارة والاعارة والوصية بالمنافع ، أما حق الانتفاع فهو أعم ، اذ يشمل هذا ويشمل أيضاً مجرد الانتفاع الناشئ عن اذن واباحة فقط من المالك . اما في اصطلاح علماء الفقهاء فيها شيء واحد .
والاصل ان من ملك المنفعة يحق له تملكها ، بخلاف من أبيع له اباحة (ر: ج ١٣٠/ف)
وكتاب « الحق والقيمة » للاستاذ الشيخ علي الحنيف ص/ ٧٥) .

فيظهر بما تقدم أن حق الانتفاع قد ينشأ عن عقد بين الأحياء كالأجارة والاعارة ، أو عن وصية أو وقف .

وللمستأجر ، كما للمالك ، حق تتبع العين المأجورة بأقامة الدعوى على من غصبها منه .

هذا ، وإن حق المستأجر على العين المأجورة يمنع التنفيذ الفوري لتصرف المالك فيها ببيع أو اجارة من شخص آخر . وكذلك العين التي عليها حق الانتفاع لشخص بالوصية إذا تصرف بها الوارث .

فلو باع المؤجر المال المأجور لم يجب تسليمه الى المشتري الا بعد انقضاء مدة الاجارة حفظاً لحق المستأجر في الانتفاع . وإن للمشتري الخيار في الفسخ أو الانتظار ان لم يكن عالماً بالاجارة عندما اشترى .

وللمستأجر ، اذا كان قد أسلف الاجرة ثم مات المؤجر أن يجتنب بحقه على العين المأجورة تجاه بقية الدائنين فيكون مقدماً عليهم في استيفاء الاجرة من العين .

على أن هذا مبني على انقضاء الاجارة بموت أحد العاقدين في الاجتهاد الحنفي ، لكن الاحكام القانونية لدينا اليوم قد منعت هذا الانقضاء ، فيتابع المستأجر استيفاء المنفعة بقية المدة بعد وفاة المؤجر^(١) .

١٩ - حقوق الارتفاق

الارتفاق منفعة مقررة لعقار على عقار آخر يملك لغير الاول كالشرب

(١) - ان علماء القانون يفرقون بين حق الانتفاع الناشئ عن وقف أو وصية مثلاً ، والناشئ عن اجارة الاشياء ، فيسترون الاول حقاً عينياً والثاني شخصياً . ويطلقون ذلك بأن حق من وقف عليه المنفعة وحق الموصي له بالمنفعة ملطقة على العين تصب عليها مباشرة دون حاجة الى توسط شخص آخر ، ولا تقوم بجوابه واجبة التزامية بين صاحب الحق ومن اعطاه به ، فكان على العين التي هي مال .

والمسبل للاراضي ، وكالمرور والتعلي .

وحق الارتفاق في نظر الفقهاء من قبيل ملك المنفعة . وهي منفعة بين عقارين ثابتة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتها ، وان مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع . ومن هنا تتجلى عينة هذا الحق (ر : المجلة / ١٣٣٢) .

وحق الارتفاق هذا هو في الحقيقة منفعة منتقصة من ملكية العقار المرتفق به (الخادم) لصلحة العقار المرتفق (المخدم) .

وبسبب هذه التبعية المقاربة فيها لم تكن موقفة بوقت محدود كغيرها

ويؤكد ذلك أن هذا الحق في حالة الإرمية لا يوجد الا بعد وفاة الموصي وهو المترم، وأنه في الوفاء لا يتوقف وجوده على وجود الواقف ولا ينتهي بمروره ، بل يوجد مع وجوده ويبقى بعد موته . فلو كان قيامه بقيام الرابطة كما في الحق الشخصي لانتفى بمرور مطلقه .

أما حق المتأجر فهو حق يقوم بقيام الرابطة بين المؤجر والمتأجر ، فإذا ما انتهت التي هو أيضاً ، وهو لا ينصب مباشرة على العين المتأجرة ، بل يتجه الى الزام المؤجر بأن يستمر تركه عين في يد المتأجر المدة المتفق عليها حتى يتمكن المتأجر من الانتفاع بها . ذلك هو تعليم

لكنهم أغفلوا وجه الشبه بين صور هذا الحق في الحالين . فما متشابهان من حيث أن المنتفع في الحالين مالك للمنفعة ، وان هذه الملكية موقفة فيها ، وان المنفعة فيها واحدة لا تتغير وان كنا الحالين لا نمرى عن وجود التزام فيها : فإذا كان في احدهما التزام المؤجر ففي الاخرى التزام الورثة أو ظاهر الوفاء بترك العين في يد المنتفع حتى ينتهي انتفاعه .

فصلية الملك في الحالين - حال الاجارة وحال الوصية - واحدة ، وذلك يستلزم الحكم عليها بحكم واحد لا أن يعتبر ملك المنفعة في احدهما حقاً عينياً وفي الاخرى حقاً شخصياً (كتاب الحق والقيمة للاستاذ الشيخ علي الحنيف ص/ ٥٥-٥٦/ باختصار) .

هذا ، وان القانون المدني الجديد ، وقبه قانون الملكية المقاربة السابق لدينا (المادة ٣٢٢ منه) يمتنع على أن : « حق الانتفاع بالمعنى العقاري هو حق عيني يتعلق باستعمال شيء ينسب الثبر والتنتفع به ، ويحبط هذا الحق حتماً بمرور المنتفع ، ولا يجوز انشاؤه لصلحة أشخاص ممنوعة » فهو حق موقت .

من المنافع ، بل تبقى مابقي العقار الى أن يتنازل عنها المالك بطريق مشروع .
والارتفاق يورث باتفاق المذاهب^(١) .

٢٠ حق الارتفاق^(٢)

(١) - بما ينبغي التنبيه اليه ان حقوق الارتفاق محصورة عند كثير من العلماء - ومنهم الحنفية - في حقوق ستة : الشرب ، والطريق ، والمجرى ، والمسيل ، والتعلي ، والجوار .

ولا يجوز للمالك عقار ان ينشئ على عقاره حقوق ارتفاق أخرى ، لأن في انشائها تقييداً للملكية التامة ، والأصل فيها ان لا تقبل تقييداً ، وما قيدت بتلك الحقوق الا استثناء ، ولا يتوسع في الاستثناء .

ويرى آخرون - ومنهم المالكية - انها غير محصورة فيها ذكر ، فيجوز انشاء حقوق ارتفاق أخرى بالارادة والالتزام كأت يقرر شخص على أرض يملكها ألا يقيم على ناحية منها ملاصقة لأرض أخرى بناء ، وان لا يرتفع بينائه الا الى ارتفاع معين ، مما هو معروف الآن في القوانين (ر : كتاب الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الحفيف ، ص / ٦٤) .

هذا وينبغي أن يلحظ بالنسبة الى الواقع في بلادنا السورية ان قانون الملكية العقارية السابق ذا الرقم / ٣٣٣٩ / لدينا قد اطلق حقوق الارتفاق عن الحصر ، فسوغت المادة / ٨٤ / منه للملكي المقاربات انشاء ما يشاؤون من حقوق الارتفاق لما أو عليها ، بشرط أن تكون للعقار أو عليه لاشخص أو عليه ، وأن لا تكون مخالفة للنظام العام ، كما انه قسم حقوق الارتفاق الى ثلاثة اقسام : طبيعية ، وقانونية ، ومنشأة من قبل الانسان . وهذه الأخيرة هي المقصودة ببحثنا هذا ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذا التفصيل في المواد / ٩٦٠ - ٩٨٧ / منه .

(٢) - آثرنا التعبير بلفظ « الارتفاق » دون « الرهن » . لأن هذا الحق في الرهن انما هو للدائن المسمى بالرهن وهو اسم فاعل من « الارتفاق » ، ولأن لفظ « الرهن » قد يطلق على العين المرهونة .

هو حق للدائن في احتباس مال معين للدين ينشأ عن عقد خاص بينها يسمى الرهن .

فالرهن أيضاً ينشئ حقاً عينياً للرهن متعلقاً بمالية العين المرهونة لا بذاتها ، كما تقدم في مناسباته (ر . ف / ٦ ح) ، لأنه يركز مباشرة على الاستيقاق بهذه المالية لأجل وفاء الدين .

وهو أيضاً بمنسج التنفيذ الفوري لتصرف المالك أو الرامن ، فلو باع الرامن المرهون أو أجره ليس للمشتري أو المستأجر أن ينسج ؛ بل ينتظر فكاك الرهن أو يفسخ الشراء (م / ٧٤٧) .

وإذا أجاز الدائن الرهن بيع المالك أصبح الثمن هو المرهون ، وإذا أجاز إيجاره سقط حق الارتهان^(١) .

وللرهن كما تقدم امتياز في استيفاء دينه من المرهون (م / ٧٢٩) .

٢١ - حق الاحتباس^(٢)

الفرق بين حق الارتهان وحق الاحتباس هو أن الارتهان يكون بعقد خاص يرد عليه مباشرة وقصداً . أما فهو أعم لأنه يكون في حالات عديدة يقر بها الشرع احتباس المال لاستيفاء حق مالي منه .

(١) - علة هذا الفرق بين حكم اجازة البيع واجازة الإيجار فيما يطهر هي أن الثمن يخلف المبيع في وثيق حق الرهن . فاجازته لبيع الرهون لا دلالة فيما على أنه قد تخلى عن الرهن ، بل على أنه قد رضي بتحويل الرهن إلى الثمن . بخلاف الإيجار فإن الاجرة فيه قد لا تخلف المأجور في المالية ، فاجازته لإيجار الرهون هي رضي بخروجه من يده إلى خلف ، أي بسقوط الرهينة .

(٢) - آثراً لفظ « الاحتباس » دون لفظ « الحبس » المؤلف لأن الحبس يكثر استعماله في حبس الأشخاص ، فاصطلحنا على تخصيص « الاحتباس »

وهذا الاحتباس - حتى عني يستطيع صاحبه أن يحتج به تجاه الدائنين كافة ، ويمتاز عنهم في استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس مقدماً عليهم .

فمن ذلك حق الملتقط في احتباس القطعة عن مالكها ، إذا ظهر ، حتى يستوفي الملتقط ما أذنه القاضي أن ينقعه عليها ليرجع به .

وكذا حق الوكيل بالشراء ان يحتبس المال المشتري عن الموكل حتى يدفع اليه الثمن ، ولو لم يكن الوكيل قد دفعه من ماله الى البائع لأنه عرضة لأن يطالبه به البائع (المجلة / ١٩٤١) .

وكذا البائع احتباس المبيع عن المشتري الى أن يؤدي اليه الثمن اذا لم يكن مؤجلاً ، وان كان المبيع قد انتقلت ملكيته الى المشتري بمجرد العقد .

وكذا للأجير المشترك الذي لعله أثر في العين كالصباغ والحياط ، أن يحتبس العين عن المستأجر المالك حتى يؤدي اليه الاجرة ، الى غير ذلك من الفصول الكثيرة^(١) .

ففي جميع هذه المسائل وامثالها قد اقر الفقهاء حق الاحتباس ، واعتبروه متعلقاً بآلية العين ، وجعلوا لصاحبه امتيازاً على سواه كما في الرهن .

٢٢ - حق الوقفية :

الوقف هو حبس المال عن التملك لتصرف منافعه الى جهة بر .

(١) - كحق المستأجر في احتباس المأجور اذا انقضت الاجازة حتى يسترد ما أسلفه من الاجرة (١ : ف ١٨) ، وحق الوديع في احتباس الوديعة عن المودع حتى يستوفي ما أنفقه عليها باذن القاضي ، وحق المصاحب في احتباس المصوب الذي زاد زيادة متصلة من ماله كالصباغ مثلاً ، الى أن يدفع له المالك قيمة الزيادة اذا اختار المالك استرداد المصوب مع زيادته المحدثه .

فمقد الوقف كما ترى ينشئ في المال الموقوف - حقاً عينياً في احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها .

وقد عدته المادة /١٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا من جملة الحقوق العينية التي عدتها ، كما نصت المادة /١٧٦/ منه على انه لا تعتبر وقفية العقار الا من تاريخ تسجيل الوقف في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية العقارية . ثم جاء القانون المدني فأقر ذلك ايضاً في المادتين /٨٥ و ١٠٠٠/ منه . ويثبت فيه حق التبضع بمارسه متولي الوقف باسم الجهة الموقوف عليها . فله متولي حق الدعوى شرعاً لاسترداد المال الموقوف من كل يد غاصبة تستولي عليه بلا حق ، حتى انه ليستحق العزل بحكم الحيانة اذا قصر في ملاحقة غاصبه أو شاغله بلا حق امام القضاء .

على أن العقار الموقوف يمكن بيعه استبدالاً باذن القاضي الشرعي اذا قلت فائدته ، وعندئذ تزول وقفية العقار المستبدل به ويجل محله العقار المستبدل .

— حقوق القرار على الأوقاف :

يشمل هذا النوع طائفة من الحقوق تعورف انشاؤها على عقارات الاوقاف بطرق معينة في حالات مخصوصة : تارة لحاجة الوقف إليها وتارة لدفع الضرر عن بعض مستأجري عقارات الوقف لو لم يمنحوا حق القرار فيها . وقد تكلم متأخروا الفقهاء في كتبهم وفتاويهم عنها .

وبدخل في هذا النوع الحقوق التالية :

(١) - حق الحكر :

وهو حق قرار مرتب على الارض الموقوفة باجادة مديدة تعقد باذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغاً معبلاً يقارب قيمة الارض

ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنوياً لجهة الوقف من المستحكر أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق القرض والبناء وسائر وجوه الانتفاع . وحقه هذا قابل للبيع والشراء وينتقل إلى ورثته بالموت الخ . . .

والقرض من هذا العقد أن يستفاد من الاراضي الموقوفة المطلقة عندما لا يكون الوقف متيناً من استئجارها .

ولعل الحكم أقدم مانع من الحقوق العينية المنشأة على الاوقاف . فقد حدثت طريقة في عهد متقدمي الفقهاء وأقروها^(١) . وقد سمى بعد في القوانين العثمانية باسم « المقاطعة » وكذا في قانون الملكية المقاربة السابق لدينا ذي الرقم / ٢٣٣٩ . وقد حدد في المادة / ١٩٥ / منه مبلغ الاجرة السنوية بمقدار نسي ثابت قدره اثنان ونصف في الالف من قيمة الارض المقدرة رسمياً لجباية الضرائب المقاربة . ثم جاء القانون المدني السوري فاقر هذه النسبة في المادة / ١٠١٩ / منه .

(١) - نقل في البحر وفي رد المحتار عن الامام الحنفى جواز وقف البناء وحده اذا كان قائماً على أرض محتكرة . ونقل في رد المحتار مثل ذلك عن فتاوى قارىء الهداية ، كما نقل أيضاً تعريف عقد الاستحكار عن فتاوى العلامة خير الدين الرملي بأنه : « عقد اجارة لاستبقاء الارض مقورة لبناء والقرى » ، (ر : رد المحتار / ٣ - ٢٩٠ - ٢٩١) .

وهذا يدل على ان الحكم كان معروفاً ومستمراً منذ عصر الحنفى . والحناف من عطاء الطبقة الثالثة المجتهدة في المذهب الحنفى وهو أحمد بن عمر المتوفى سنة / ٢٦١ هـ . وقارىء الهداية هو سراج الدين عمر بن اسحق الغزنوي المتوفى سنة / ٧٧٣ هـ والخير الرملي متوفى سنة / ١٠٨١ هـ (ر : كشف الظنون ، والفوائد البية) .

(٢) - حق الاجارتين :

وهو ينشأ بطريقة أحدثتها القوانين العثمانية بعد سنة / ١٠٢٠ / هـ على أثر الحرائق التي شملت أكثر عقارات الاوقاف في القسطنطينية ، فعجزت غلاتها عن تجديدها ، وتشوه منظر البلدة ، فابتكروا طريقة الاجارتين تشجيعاً على استئجار هذه العقارات لتعيرها اقتباساً من طريقة التحكير في الاراضي .

وهي عقد اجارة مديدة باذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن اعادته الى حالته من العمران السابق ، باجرة معينة تقارب قيمته تؤخذ لتعيره ، واجرة مؤجلة ضئيلة سنوية تتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة . وذلك كمنخرج من عدم يجوز بيع الوقف ولا اجارته مدة طويلة . ومن هنا سميت بالاجارتين .

والفرق بينها وبين الحكر ان البناء والشجر في الحكر ملك للمستحكر لانها انشأتا بآماله الخاص بعد أن دفع الى الجانب الوقف ما يقارب قيمة الارض المحكرة باسم اجرة معينة .

أما في عقد الاجارتين فان البناء والأرض ملك للوقف ، لان عقدها انما يرد على عقاربني متوهن يجدد تعيره بالاجرة الممثلة نفسها التي استحقها الوقف . وقد حددت المادة / ١٨٠ / من قانون الملكية العقارية السابق لدينا الاجرة المؤجلة في الاجارتين بمبلغ ثلاثة في الالف من قيمة العقار المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية . ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذه النسبة في المادة / ١٠٠٤ / منه .

٣ - المرصد :

وهو في الأصل دين يثبت على الوقف مستأجر عقار مقابل ما ينفقه باذن

المتولي على تعيينه عند عدم وجود غلة في الوقف ، ثم يؤجر منه باجرة مخفضة
لما له من دين على الوقف .

وقد اعتبر بعد ذلك لصاحبه حق قرار في عقار الوقف يورث وينتازل عنه
بالفراغ ، بان يأخذ صاحبه دينه من آخر محل محله في العقار باذن المتولي .
(- حق الكدك :

الكَدَك (يفتح فكـر) لفظ تركي الأصل ^(١) يطلق على ما هو ثابت
في الحوائث المقررة ومتصل بها اتصال قرار ودوام لمصلحته الثابتة بالعمل
الذي يارس في هذا العقار .

وقد جرت العادة أن ينشئ مستأجر عقار الوقف هذا الكدك فيه من
ماله لنفسه على حسب حاجته باذن متولي الوقف .

(١) - أصل منشأ الكدك أن من يستأجر حانوت الوقف لأجل التجارة
أو الصناعة قد يحتاج الى بعض تأسيسات تتعلق بصناعته أو تجارته كالرفوف
والمصاطب والمواقف ، (وهذه تسمى كدكا) فلا يبينها له متولي الوقف لأن
المستأجر قد يترك العقار في آخر السنة ويأتي غيره من المستأجرين فلا توافقه .
لذلك يأذن المتولي للمستأجر أن يؤسسها من ماله . فإذا انقضت مدة الايجار ،
وأراد متولي الوقف اخراجه بتضرر المستأجر بما صرف عليها . وبما أن عقار
الوقف معد للايجار بصورة دائمة (بخلاف عقار الملك فان ماله قد يحتاج الى
سكناء بنفسه) لذلك أفتى الفقهاء بعدم جواز اخراج المستأجر صاحب الكدك
مادام يدفع للوقف أجر المثل . وفي أصل هذا التدبير نظرة انصاف واقعية .

ثم آل الأمر مع الزمن الى أن أصبح أصحاب الكدكات كغاصبين لتلك
الاقواق كلها بسبب حق القرار المرتب لهم ، فيتصرفون في العقار كالكين ،
وللوقف أجر سنوي ضئيل ومزي بنسبة اثنين أو ثلاثة في الالف من القيمة
لا يستطيع تحصيله !!

وقد يسمى الكدك : « سكنى » في الحوانيت الصناعية أو التجارية ، كما يسمى : « كرداراً » في الأرض الزراعية .

وقد أقروا ملكية كل من الكدك والكردار للمستأجرين ، فيوهب ويورث ويبيع ، ولكن لاشفعة فيه . وأقروا لهم فيه حق القرار فيحق للمالكه استبقاؤه بأجر المثل عن عقار الوقف خالياً عنه وإن أبى المتولي ، إذ لا ضرر على الوقف مادام المستأجر يدفع للوقف أجر المثل ، وذلك كي لا يتضرر صاحب الكدك بقلعه (قانون العدل والانصاف لقديري باشا ، م / ٣٤٧ و ٣٤٨) .

ويبقى هذا الحق لأصحاب الكدكات ولو خرجوا من عقار الوقف وأجر لغيرهم ، فتوزع الاجرة بينهم وبين الوقف بنسبة أجر المثل عن كل من الكدك وأصل العقار . ثم لما كثرت المشكلات في ذلك حددت القوانين نسبة ما يعود من الاجرة السنوية لكل من الجانبين .

• حقوق أخرى عرفت باسم « القيص » و« مشد المسكة » (١) ، و« القية » .

وقد أقروا أيضاً لأصحابها حق قرار على عقار الوقف بأجر المثل ترجيحاً على سواهم من المستأجرين .

— فالقيص : حق لمستأجر دار الرضى الموقوفة بخوله البقاء فيها لما له فيها من أدوات الطحن وآلاته ولوازمه .

— و« مشد المسكة » : حق لمستأجر الأرض الموقوفة في البقاء بسبب ما له

(١) - « المَشَد » بفتحين مع تشديد الدال . و « المَسَكَة » بفتحات ، وزان « مسكة » وهو لفظ مشتق من « الشد والتسك » ويتجلى فيه ركازة التعبير الموروث من العهد التركي .

فيها من حرة وممادة ، إذ بتضرر لو أخرج منها .

- والقيمة : حق مستأجر البساتين الموقوفة في البقاء فيها كذلك لما له من أصول المزروعات التي تدوم كالفصصة ، أو من عمارة الجدر المحيطة التي أنشأها هو .

ومثلها ما يكون لمستأجر الحمامات الموقوفة من أدوات ولوازم ثابتة ، وهي نظير الكدك

هذه هي زمرة حقوق القرار العينية المنشأة على الاوقاف ^(١) .

وقد كانت هذه الحقوق أغللاً في أعناق الاوقاف سلبت معظم منافعها باجور زهيدة ، في عهد اختل فيها ميزان الحكم وسلطان القضاء .

وقد منع القانون المدني ، وقبله قانون الملكية المقاربة لدينا ذو الرقم ٢٣٣٩ / ، إنشاء شيء من هذه الحقوق العينية من جديد على عقارات الاوقاف المقاطعة ، (وهي الحكر) ، في الاراضي الموقوفة (رقم / ١٠١٨ و ١٠١٩) .

ولما سمينا جملة هذه الحقوق باسم مستقل هو : حقوق القرار ، لما يصرح به الفقهاء في كثير منها ، كالحكر والكدك ومشد المسكة ، بأن لصاحبها حق

(١) - ان لهذه الحقوق أحكاماً مفصلة ترى منشورة متفرقة في كتاب الوقف وأوائل البيوع من رد المختار ، وفي كتاب الوقف وباب مشد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية ، وفي كتاب الوقف للشيخ عبد الجليل عشوب ص / ٢٢٩ - ٢٤٩ / وكتاب الأوقاف والاستاذ شاكر الحنيلي ص / ١٢٠ - ١٣٥ / ، وكتاب انحاف الاخلاص ، للعلامة عمر حلمي ورئيس محكمة التمييز العثمانية في مقدمته والباب السادس منه ، وقانون العدل والانصاف لقدري بإشام / ٢٢٥ - ٣٦١ و ٤٦١ ٤٧٣ \ ، وفي المواد / ١٠٠٤ - ١٠٢٧ / من القانون المدني السوري الجديد .

قرار (ر : تبليغ الفتاوى الحامدية ١٩١/٢ ، ورد المختار ٣/ ١٢٨) ، ولأنها لا تدخل في حق الانتفاع لكون هذا الحق موقتاً بحياة المنتفع بحق القانون كما تقدم ، ولا في حق الارتفاق لأن من شرطه أن يكون لعقار على عقار آخر كما سلف بيانه ، وهنا في هذه الحقوق لا يوجد عقاران بصفة (خادم ومخدوم) بل عقار واحد موقوف من جانب ، وحق قرار لشخص من جانب آخر .

٢٣/ ٢ - وفي سنة ١٩٥٢ / ميلادية صدر في سورية المرسوم التشريعي ذو الرقم / ١١٦ / فعدد الاجور السنوية الموزعة التي يستحقها جانب الوقف عن عقاره المتقل بأحد حقوق القرار العينية هذه بما لا يختلف كثيراً عن المقادير المقررة بالقوانين السابقة التي بناناها ، ولكنه جعل هذه المقادير حاداً أدنى لا يجوز التورل عنه وغمكن زيادته .

هذء ، وأخيراً بعد قيام الوحدة بين سورية ومصر صدر القانون ذو الرقم / ١٦٣ / المؤرخ في ١٣ ربيع الاول / ١٣٧٨ هـ = ٢٧ من ايلول / ١٩٥٨ م. والمعدل بالقانون ذي الرقم / ١٨٩ / لسنة ١٩٦٠ م فأوجب تصفية هذه الحقوق العينية جميعها نهائياً بين جانب الوقف وصاحب حق القرار (أو حق التصرف) من أي نوع كان بصورة إلزامية على أساس الاستبدال بملكية الوقف مقداراً محدداً بنسبة مئوية من قيمة كامل العقار الوقفي المتقل بأحد هذه الحقوق بما فيه من بناء أو شجر . فيأخذ الوقف هذا المقدار المحدد من قيمة العقار التي تقدر بمعرفة خبراء رسم القانون طريقة اختيارهم ، ويصبح العقار ملكاً حراً لصاحب حق القرار تنقطع منه كل علاقة للوقف فاذا لم يتقدم صاحب حق القرار بطلب هذا الاستبدال خلال عشرة أيام من تبليغه قامت دائرة الاوقاف التابع لها العقار باجراء معاملة الاستبدال المذكور .

وقد حدد هذا القانون لجانب الوقف في كل نوع من هذه الحقوق نسبة

من قيمة العقار تختلف عنها في النوع الآخر بحسب قوة كل من حق الوقف وحق القرار .

وقد نص القانون المذكور في المادة / ٢١ / منه على منع إنشاء أي حق عيني على عقار موقوف بعد هذا القانون وذلك تحت طائلة البطلان .

وبذلك أنهت أعظم مشكلة كانت مستعصية بين هذه المقارنات الوقفية وبين أصحاب هذه الحقوق التي ابتلعت الاوقاف وطفئت عليها ^(١) .

وفي هذا التخالص مصلحة للاوقاف وان كانت لم تأخذ فيه إلا جزءاً ضئيلاً من أصل حقها .

٢٤ - الحقوق شبه العينية

ويصادفنا في الفقه الاسلامي نوع آخر من الحقوق فيه شيء من العينية وان لم يكن فيه معناها كاملاً ، وقد سماها الدكتور شفيق شحاتة في رسالته

(١) حدد القانون المذكور حق الوقف من قيمة كامل العقار بالمقادير التالية ، بحسب نوع حق القرار المربوط به :

١٣,٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالمرصد							
١٢,٥	د	د	د	د	د	د	بالاجارين
١٥	د	د	د	د	د	د	بالقبية
٨	د	د	د	د	د	د	بالحكر او المقاطعة
١٢	د	د	د	د	د	د	بالكدك
١٢,٥	د	د	د	د	د	د	بالكدك والمرصد معاً ، او بالمرصد والقيص معاً .
١٤	د	د	د	د	د	د	بالكردار
٣٠	د	د	د	د	د	د	بمشد المسكة في الاراضي السليخ
٥٥	د	د	د	د	د	د	بمشد المسكة في الاراضي المشجرة

باسم والحق شبه العيني . وهو كما يعمو الفقهاء : حق الشخص في « أن يملك »^(١)
كحق الشفعة ، وحق المجاهدين في الغنية بعد إحرازها ، وحق المجني عليه
في العبد الجاني .

ففي هذه الاحوال أقر الفقهاء لصاحب الحق أن يطالب بالشيء عيناً
ولو لم يعتبر ملكاً له بعد ، وله أيضاً أن يتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها .
والأظهر أن يعتبر أيضاً حق الدائنين في تركه المتوفى المستغرة بالدين .
حقاً شبه عيني يسوغهم حق تتبع مال المدين المتوفى واستخلاصه قضاء من
الأيدي التي هو فيها وليس حقهم هذا عينياً محضاً ، لأنه في الأصل حق شخصي
متعلق بذمة المدين أثناء حياته ، ثم انتقل منذ مرض الموت الى التعلق بمالية
تركته لأبعينها ، فللدائنين أن يتسلخوا التركة عند عدم إيفاء الدين .
والذي يرجح اعتباره شبه عيني لأعينياً هو أن للورثة أن يفتدوا التركة
من الغرماء بدفع جميع الدين ، فلا يكون عندئذ للغرماء أن يمتنعوا عن الأخذ
ويحتفظوا بالتركة ، لأن أصل حقهم إنما هو في ماليتها لا في عينها كما أضرنا اليه .
(ر : الدر المختار ورد المختار في كتاب القضاء ٤ / ٣١٠) .

(١) - جاء في الدور أوائل كتاب البيوع (٢ / ١٤٤) مانعه :
« الحق غير منحصر في الملك ، بل حق التملك أيضاً حق » .

الفصل الثاني

الالتزام

الفرع الأول

في قوام^(١) الالتزام وحقيقته

النسبة بين الحق الشخصي والالتزام عناصر

الالتزام - سببه - طبيعته وحقيقته .

٢٥ - النسبة بين الحق الشخصي والالتزام :

فهم بما تقدم بيانه عن الحق الشخصي في بحث تقسيم الحق المالي أن الحق

(١) - قوام الشيء (بفتح القاف وكسرهما) عماده الذي يقوم به وينتظم

(المصباح المنير) .

الشخصي لانسان هو تكليف وعهدة على سواء .
وهذا التكليف قد اصطلح علماء الحقوق على تسميته : **الالتزام** .
والحق الشخصي والالتزام في نظرم شيء واحد لأنها طرفا رابطة واحدة .
- فهو « حق » اذا نظر اليه من ناحية الطالب ،
- وهو « التزام » اذا نظر اليه من ناحية المكلف به ^(١) .
وقد غلبت كلمة « **الالتزام** » على كلمة « **الحق الشخصي** » في اسم النظرية
إذ سميت « نظرية الالتزام العامة » لا « نظرية الحق الشخصي » .
وسنرى في الفرع السابع الاخير من هذا الفصل تعليل هذا التقلب
في التسمية

لكن هذا النظر في ترادف الحق الشخصي والالتزام غير سديد ، فالواقع
ان الالتزام لا يصح ان يجعل مرادفاً للحق الشخصي ، وانما هو مقابله الذي يجمعه
وإياه التناظر والتلازم .

فكما يقال : ان كل حق يقابله واجب ، ولا يكون هذا التقابل والتلازم
سوغاً لأن نجعل مفهوم الحق والواجب واحداً ، كذلك لا يصح أن نجعل مفهوم
الحق الشخصي والالتزام واحداً ، وان كان المحل الذي ينصب عليه كلاهما
متحداً . ويكتفى أن تختلف جهة الاعتبار ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى ،

(١) - كذا في « نظرية الالتزام في القانون المصري القديم (ف / ١٦)
والجديد (ف / ١٧) » للاستاذ الدكتور احمد حشمة أبي ستيت .
وفي الوسيط للاستاذ عبد الرزاق السنهوري (ف / ١) .
وجاء في الفقرة الثالثة من المادة / ٧٩ / من القانون المدني العراقي مانعه :
« ويؤدي التعبير بلفظ « **الالتزام** » ، ولفظ « **دين** »
نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ « **الحق الشخصي** » ا .

فإن التلازم بين الأمرين شيء ، واتحاد مفهومهما شيء آخر .
اضف الى ذلك ان طبيعة الحق الشخصي والالتزام مختلفة في السلبية
والإيجابية .
فطبيعة الحق الشخصي ايجابية تقوم على غرض الاستيفاء والاستغناء في
أحد الجانبين .
وطبيعة الالتزام سلبية تقوم على فكرة الإيفاء أو الافتقار بتفريغ العهدة
والذمة من الجانب الآخر .
فلك ان تقول : ان الحق الشخصي والالتزام بينهما تقابل وتلازم أبداً ،
كما بين الاعطاء والأخذ .

٣٣ - عناصر الالتزام :

ان الحق الشخصي والالتزام - وان كان الصحيح انها مفهومان مختلفان
اعتباراً كما رأينا آنفاً - عناصرهما واحدة .
وقد رأينا في بحث الحق ان الحق الشخصي ينطوي على ثلاثة عناصر مادية هي :
- صاحب الحق
- والشخص المكلف
- والمحل الذي يتعلق به
والجانب ذلك يلحظ الموضوع المكلف به والذي يتميز به حق عن حق .
وعليه تكون تلك العناصر هي بذاتها عناصر الالتزام ، غير انها تحمل هنا
أسماء أخرى :

- فيسمى صاحب الحق : ملتزماً له (بصيغة المفعول) .
- ويسمى الشخص المكلف : ملتزماً ؛ (بصيغة الفاعل) .
- ويسمى الشيء الذي يتعلق به الفعل : محل الالتزام .

- ويسمى الفعل المكلف به : موضوع الالتزام .

- ويسمى التكليف نفسه ، أو العهدة : التزاما .

ففي الالتزام الناشئ عن القرض مثلاً يعتبر المقرض ملتزماً ، والمقرض ملتزماً له ، ووفاء القرض هو موضوع الالتزام ، والعهدة التي على المقرض ، أي وجوب الوفاء ، هو الالتزام ، والمال الواجب اداؤه هو محل الالتزام .

وكذلك الاعتبار في التزام نفقة الاقارب الناشئة عن الزام الشرع : فيعتبر المكلف بالنفقة ملتزماً ، والمستحق لها ملتزماً له ، وموضوع الالتزام هو أداء النفقة ، والالتزام هو وجوب ذلك الاداء ، ومال النفقة هو محل الالتزام . وهكذا تفصل العناصر ويميز بعضها عن بعض في كل التزام . وهو غير ضروري مهم ، فكثيرون الذين لا يميزون التميز بين الالتزام وموضوعه وعمله ، لأنه يقوم على اعتبارات دقيقة الملحظ .

وقد يكون الالتزام مزدوجاً متبادلاً ، كما في الالتزام الناشئ عن عقد معاوضة .

ففي البيع مثلاً يعتبر كل من البائع والمشتري ملتزماً وملتزماً له : ومحل الالتزام بالنسبة الى البائع هو المبيع الذي انتقلت ملكيته ، وبالنسبة الى المشتري هو الثمن . أما الموضوع فهو التسليم في كل منهما .

هذه العناصر (الملتزم ، والملتزم له ، والمحل ، والموضوع) في كل التزام هي قوامه ، ولا يمكن تصوره وتحققه دون وجودها .

٢٧ - سبب الالتزام

غير أن هذه العناصر انما هي عناصر مادية ، ولا يكفي وجودها لوجود الالتزام الذي يربط بين الطرفين بالرابعة الالتزامية ، بل لابد لذلك من سبب يربط طرفي الالتزام (الشخصين) بموضوعه ، أي ينشئ الالتزام بين الطرفين .

هذا السبب هو الحادثة المولدة للالتزام ، وهي تشمل جميع التصرفات
القولية والفعلية ، وكل ما ينشأ عنه - حق في نظر الشرع .

وعلماء القانون يسمون هذا السبب : **مصدر الالتزام**

- فعقد البيع حادثة تصرف قولى ربطت الطرفين بموضوع العقد .

- واقتلاف مال الغير حادثة تصرف فعلي ربطت المثلث وصاحب المال

بموضوع الالتزام ، وهو التعويض .

- وفقر القريب المحرم^(١) مع عجزه سبب يوجب به الشرع ارتباطاً بينه

وبين قريبه الغني برابطة التزام النفقة . وهكذا ...^(٢)

(١) - المحرم (بفتح الميم والراء) هو أحد القريبين اللذين اذا كان أحدهما رجلاً والاخر امرأة كان زواجهما ممنوعاً للتحريم الشرعي ، (والجمع : محارم) .

(٢) - ان علماء القانون الاجنبي في نظرية الالتزامات يعتبرون السبب وكنياً في الالتزامات المقدية خاصة ، لكنهم يريدون بالسبب في اصطلاحهم معنى آخر ، لا معنى المصدر المولد للالتزام :

فالسبب عندهم هو : « **المقصد المباشر لالتزام العاقد** » .

وهذا المقصد المباشر عندهم هو ما يقع جواباً لقولنا : لماذا التزم فلان

بكذا ؟

ففي العقود الملزمة لجانبيين ، كالبيع مثلا ، يعتبر سبب كل التزام ناشئ
بالعقد هو الالتزام المقابل ، لان البائع انما يلتزم بنقل ملكية المبيع بقصد
الحصول على الثمن كما أن المشتري انما يلتزم بدفع الثمن بقصد امتلاك المبيع .

ويفرقون بين السبب والباعث بأن الباعث هو الغرض الشخصي الذي يحول
في نفس العاقد كمن يشتري أو يستأجر الدار ليتخذها مسكناً أو مدرسة أو
حلياً الخ .. سواء أكان غرضه مشروعاً أو ممنوعاً .

فالباعث يختلف باختلاف أشخاص العاقدين وأغراضهم : فشخص يقتض =

ان هذا السبب أو المصدر المولد للالتزام يقتنع بحسب الحوادث والتصرفات
وسنرى أنه ينحصر في أنواع كلية معدودة ترجع بالاحصاء والاستقرار الى خمسة
مصادر .

٢٨ - طبيعة الالتزام وحقيقته :

اتضح من معرفة عناصر الالتزام أن كل التزام لابد فيه من طرفين
ترابطهما بموضوعه رابطة السبب . فهل الالتزام في الفقه الاسلامي سلطة شخصية
لاحد الطرفين على الآخر ، أو هو علاقة مادية ؟
والفرق بين الاعتبارين أنه اذا اعتبر الالتزام سلطة شخصية يحق للطالب
اجبار المكلف على تفريغ ذمته بالاكراه البدني كالحبس والتضييق . وان اعتبر
علاقة مادية بجهة لم يقتض اجباراً « بلى يفتش الطالب عن مال المكلف ، فاذا
ثاله بد القضاء أمكن منه الاستيفاء .

مالاً لمتاجر ، وآخر يقرض ليقامر مثلاً ، وثالث يقرض ليفي ديناً ، ورابع
ليشتري شيئاً الخ .. أما سبب الالتزام العقدي فتأبث في كل نوع من العقود
وانما يختلف باختلاف نوع العقد . ففي كل بيع يكون المقصد المباشر للبائع
هو الحصول على الثمن في مقابل نقل ملكيته مهما كان باعته على البيع .
ونظرية السبب هذه في الفقه الاجنبي كثيرة التعقيد ، وهي وهمية فاسدة
المباني ، هاجمها المتأخرون من علماء القانون في فرنسا مهاجمة عنيفة كالاستاذ
(بلانبول) الذي نقدها ونقضها نقضاً .

ونشأت خلفاً عن تلك النظرية التقليدية القديمة ، نظرية جديدة في السبب
سميت « **النظرية التضائية** » ، وهي تعتمد السبب بمعنى الباعث على الالتزام ،
فتشترط مشروعية هذا الباعث لصحة العقد .

أما في الفقه الاسلامي فليس لسبب الالتزام معنى سوى « المصدر المولد
له » ، كما أوضحنا هنا .

والواقع أن الالتزام في نظر الشريعة الإسلامية هو في ذاته علاقة مادية
 أما مجال المكلف كما في الدين ، وأما عمله كما في الاجير .
 ولكن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه ، اذ لولاها
 لتعذر التنفيذ بمجرد اخفاء المكلف ماله أو امتناعه عن عمله .
 ولذا شرع في الاسلام الحبس والتضييق على الدين ، والاجير ، وكل
 من هو مكلف بعمل لمصلحة غيره وجوباً حتى يقوم بما عليه .
 ولكن هذه السلطة الشخصية لم يمنحها الاسلام الدائن كما كان في التشريع
 الروماني ، بل منحها الحاكم وجعلها من صلاحية موقوفة على طلب الدائن .
 وقد ورد في الحديث النبوي :

« ليّ الواحد^(١) ظلم يُحِلُّ عرضه وعقوبته »
 وورد أيضاً : « مطل الغني ظلم » .
 ومعنى إحلال عرضه : الطعن في أمانته وذمته .

وهذا الاجبار بالحبس والاكره انما يكون فيمن ظاهر حاله اليسار
 والقدرة على وفاء التزامه ؛ فأما المعسر العاجز فلا يجوز الضغط عليه ، بل
 يجب إنظاره الى قدرته ، لقول القرآن العظيم : « وان كان ذو عسرة فنظرة
 الى ميسرة » .

وبذلك يظهر أن الشرع الاسلامي قد لطف كثيراً من غلواء السلطة
 الشخصية التي كانت للدائن على المدين عند الرومانيين الذين كلوا يمنحون الدائن
 حق استرقاق المدين أو قتله ولو كان عاجزاً . وتلك السلطة في القانون الروماني

(١) الي : بتشديد الياء مصدر لوى يلوي ، بمعنى ماطل .
 والواحد : الغني ، أي الذي يجد ما يفي به دينه .

قد انتهى تطورها الى رد فعل معاكس في بعض المذاهب الحقوقية في اوروبا
كالمذهب المادي الذي نشأ في ألمانيا ، اذ يرى أصحابه أن الالتزام علاقة مادية
بجثة ، وفروا بين عنصرى المديونية ، والمسؤولية في الحل :

— فالمديونية هي تعلق الالتزام بالذمة وهذا لا يقتضي إجباراً ،
— وأما المسؤولية فتقتضي الاستيفاء الجبري .

وقد وزعوا هذين العنصرين على ذات المدين والملتزم ، وعلى ماله :
فاعتبروا شخصه مديناً ولكن المسؤول عن التزامه هو ماله لا شخصه ؛ فلا
حبس ولا اجبار على ابقاء الدين ^(١) .

ولا يخفى أن هذا تفريط الى جانب ذلك الافراط الذي كان عند
الرومانيين .

٢٩ - وقد كان لقيام المذهب المادي حول طبيعة الالتزام في اوروبا
نتائج حقوقية ذات بال . فمن ذلك :

(١) - اتجه التشريع الالمانى الآخذ بالنظرية المادية الى تسويغ الحوالة
في الحق وفي الدين معاً دون توقف على إرادة صاحب العلاقة من دائن أو
مدين ، فتبدل الأشخاص مع بقاء الحل على حاله ، لأن الرابطة عنده مالية
بجثة لا شخصية .

وقد كان الامر بعكس ذلك في التشريع الرومانى المبني على نظرية
السلطة الشخصية المفرطة ، فلا يميز حوالة الحق ولا حوالة الدين أصلاً (ر نظرية
الالتزام في القانون المصري للاستاذ أحمد حشة أبي ستيت ، ف / ٢٢) .

(١) - نظرية العقد للاستاذ السهوري ، ١٥ / وحاشيتها ، ونظرية
الالتزام في القانون المصري للاستاذ احمد حشة أبي ستيت ، ف / ١٧ - ١٨ .

٢) - استثناء أهل المذهب المادي عن اشتراط وجود الملزم له (وهو الدائن) عند نشوء الالتزام ، واكتفاؤهم في بعض الحالات بوجوده حين التنفيذ ، إذ في هذا الحين فقط تظهر الحاجة الى وجود دائن يستوفي الالتزام ؛ كما في إعلان جائزة على اختراع مطلوب .

ولم يكن من الممكن تخريج مثل هذا الالتزام على نظرية أهل المذهب الشخصي ؛ لأن الالتزام عديم رابطة بين شخصين من كل وجه ، فيجب أن يكونا موجودين معينين منذ بدء الالتزام ليكن اعتبار ارتباطهما .

ان المذهب المادي يتقرب منه التشريع الحديث في اوروبا ، ويرون فيه تفسيراً وتخريجاً لحالات حقوقية قائمة لا يمكن تفسيرها وتبريرها على ضوء المذهب الشخصي ، وذلك كتحرير سند بالدين لحامله دون ذكر اسم الحامل وكالاترط لمصلحة الغير .

٣) - أما موقف التشريع الإسلامي فهو اعتدال بين النظريتين كما رأيت آنفاً : فقد غلبت فيه الصفة المادية في طبيعة الالتزام ، ولم تهمل فيه الفكرة الشخصية ، لتبقى ضماناً في وجه المبتلين الماطلين .

على أن الشرع الإسلامي قد سبق الماديين بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث ، واليك البيان :

أ) - إن الفقه الإسلامي قد أقر إمكان عدم وجود ملزم له معين منذ نشوء الالتزام في بعض الحالات ، وإن كان الاصل لزوم وجوده كما سنرى في بحث شرائط الالتزام (ف / ٣٧) .

ب) - وكذلك أقر الفقه الإسلامي حواله الحق بأن يحيل الدائن سواء ، فينتقل الالتزام الى شخص جديد يدخل بصفة دائن أو مدين .

ولكن بالنظر الى ما يمكن من تأثر الحقوق باختلاف الأشخاص وتفاوتهم

شرط في عقد الحوالة رضى الشخص الثالث الحال عليه أيضاً ، وهو المدين الجديد (المجلد / ٦٨١) (١١) ، كما أبقي للدائن الحال حق الرجوع على المدين الهيل عند التوى (١٢) ، أي عندما يتمذوالتحصيل بأفلاس الحال عليه أو بجموده للحوالة ولا بينة للاثبات عليه ، وذلك لبقاء مسؤوليته عن الدين في عملها السابق كما عليه القانون للتجاري اليوم في حوالة سند الأمر التجاري (الكمبيالة) ، إذ أقر رجوع الحامل الاخير على الهيل عندما لا يدفع الموقع الأول ، أي المدين الاصيل .

فبذلك تتجلى في الفقه الاسلامي الخصائص المعقولة للنظريتين الشخصية والمادية معاً (١٣) .

(١) - سنرى أن الاجتهاد الشافعي لا يشترط رضى الحال عليه ، وإنما يشترط كونه مديناً للهيل .

(٢) - « التوى » بالتحريك وزان « هوى » ، ومعناه لغة هلاك المال أو الحق . وهو مصدر ، وفعله « توى يتوى » وزان « عوى يعى » ويريد به الفقهاء ان يفس الحال عليه أو أن يجمد الحوالة وليس للحال بينة للاثبات عليه ، فيتمذو تحصيل الدين منه قضاء . ويقول الفقهاء : « لا يرجع الدائن الحال على المدين الهيل الا بالتوى » .

(٣) - يقول الدكتور شفيق شحاتة في الفقرة / ٢٨٥ / من رسالته في معرض بيان الملاحظات على نظرية الالتزامات الإسلامية بإزاء النظريات المعروفة للالتزام في القانون المقارن مانصه :

« وأول ما يلاحظ ان الله الاسلامي يتفق والتشريع الالمانى في كثير من الموضوعات ، نذكر منها نظرية عدم النفاذ ، وكذلك ويتفق والتشريع الانكليزي في أكثر من موضع ، نذكر هنا =

(تابع الحاشية)

==من ذلك نظرية عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي - وهي التي تقضي بأنه عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أيضاً والذي جمع بين هذه التشريعات الثلاثة انتصارها جميعاً لمذهب المادية . وتبعية هذه الملاحظة ملائمة أخرى، وهي أن النظرية الإسلامية بعيدة عن النظرية الرومانية ، لما ان هذه الأخيرة قد سيطرت عليها الفكرة الشخصية . وفي الواقع لا نجد أوجه شبه إلا في بعض نلظ تفصيلية ، كنظرية بطلان عقود المحجور عليهم . واذا أردنا المقارنة من حيث قيمة الظلم القانونية ، وجدنا التشريع الإسلامي قد سبق التشريع الروماني في تقرير بعض المبادئ العظيمة ، منها مبدأ النيابة التعاقدية ونجدده مع ذلك قد تأخر عن التشريع الروماني في عدم تقريره مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة وفي ضعف القوة الإلزامية للارتباط التعاقدي « ١٠١ » .

وان مستند الدكتور شفيق شحاتة في حكمه بضعف القوة الإلزامية للعقد (أولاً) - مارآه من كثرة الجارات العقدية ، وخاصة خيار الشرط ، وهذا ما أفادنيه الأستاذ الكريم المشار اليه مراسلة . (ثانياً) - مالحظه من كثرة العقود غير اللازمة ، كالوكالة والعاوبة الخ... وهذا ما ذكره في الفقرة / ١٨٠ / من رسالته . أقول :

سنرى قريباً في الملاحظة الآتية (ف / ٣١ - ٣٢) نقول بان التشريع الإسلامي أو الاجتهاد الحنفي خاصة لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة (أي الحق) ، كما علمت أن التشريع الروماني لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام

(تابع الحاشية)

= لامن فاحيته الموجبة ولا من فاحيته السالبة ، أي لا نقل الحق ولا نقل الدين .
(انظر ما تقدم ف / ٢٩) .

أما القوة الإلزامية للارتباط المتعاقدي فهي في الفقه الاسلامي على أكمل وجوها .
غير أن الفقه الاسلامي قد أثنانا بانواع عديدة من الخيارات والعقود غير اللازمة ،
كما أنه أيضاً يفرض قيوداً على حرية ارادة المتعاقدين في الشروط التي يشرطونها ،
وتختلف تلك القيود سمة وضيماً باختلاف الاجتهادات الاسلامية ، كما سنرى
ذلك في موضعه . ولكن كل ذلك لا يؤثر في مبدأ قوة العقد الإلزامية التي
هي على أشدها في الفقه الاسلامي :
(أ) فاما تلك الخيارات فانها نوعان :

(الاول) - ما لا يثبت إلا باشتراط العاقدين كخيار الشرط ، والتعيين والنقد .
وهذا النوع انما ينشأ بارادة العاقدين فلا يطمئن وجوده في القوة الإلزامية
للعقد ، بل يؤديها لانه جزء من العقد نفسه .
(الثاني) - ما يثبت بحكم الشرع دون شرط ، دفعاً لضرر يلحق أحد
العاقدين دون ان يرضى به ، كخيار العيب .
وهذا انما يثبت بوجود بعض عيوب الرضي كالتدليس ، والتغريب ، وفوات
الوصف ، وتفرق الصفة .

قد اقرت امثال هذه الخيارات النظريات الحقوقية الحديثة في القوانين
الموضعية ، لأن التشريع انما وجد لحماية الحقوق ، ولا يعقل الزام أحد بضرر لم
يلتزمه ولا يستلزمه عقده .

فهذا النوع الثاني ايضاً من الخيارات لا يقدر في مبدأ القوة الإلزامية
للعقد ، لأنه تفسير لارادة العاقدين الضمنية ، وهو حماية قانونية يقتضيا احترام
مبدأ التراضي ، ثم التوازن في حقوق وجانب المتعاقدين .
على أن الاعتراض ببعض الخيارات قد يتوجه على الاجتهاد الشافعي الذي =

٣١ - ملاحظة ومناقشة :

يجب أن يلاحظ في نقل الالتزام فرق بين نقله بطريق الحوالة ونقله

أخذ بنظرية خيار المجلس بعد عقد البيع ، فسوغ لكل من المتبايعين البيع مادام في المجلس قبل التفرق بالفعل ، وذلك استناداً الى حديث نبوي قد اوله الحنفية تأويلاً آخر .

ب) - وأما العقود غير اللازمة فهذا النوع لم يخل منه تشريع حتى القوانين الوضعية ، وان كانت تختلف الشرائع في تعيين تلك العقود غير اللازمة كما تختلف في ذلك الاجتهادات في الشريعة الاسلامية نفسها .

ومرد ذلك لا الى ضعف القوة الازامية في فكرة العقد بنظر الشريعة ، بل الى كون بعض العقود ذا طبيعة اختيارية في استيراده ، كعقد الشركة لأحد الطرفين ، كالإيداع والاعارة والتوكيل ، او الى كونه توثيقاً لحق لاحدهما فقط فقط فله ان يتنازل عن وثيقته كالراهن بالنسبة الى المرتهن . وكل ذلك لا يورث ضعفاً في فكرة القوة الازامية للارتباط التعاقدية ، ولا سيما في الشريعة الاسلامية التي يقول دستورهما :

« يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود »

ج) - وأما القيود التي فرضت في مذاهب من الفقه الاسلامي على حرية العاقدین في شروطهم فانها انما تتعلق بمبدأ سلطان الارادة ، ولا علاقة لها بالقوة الازامية للعقد الا من حيث ما يقتضيه الحكم الشرعي الجزائي عندما يخالف العاقد النصوص الآمرة بتلك القيود ، فيبطل العقد أصلاً في بعضها ، ويفسد في بعض فيستحق الفسخ .

على أن تلك العقود التعاقدية غير متفق عليها ، وفي الاجتهادات سعة . فان كان هناك مجال لتصوير ناحية ضعف من نواحي العقد في الفقه الاسلامي فهو في مبدأ سلطان الارادة بالنسبة الى بعض الاجتهادات التي تقيد الشروط العقدية ، وليس في القوة الازامية للارتباط التعاقدية .

بطريق البيع .

ففقهاء الحنفية قد جوزوا حوالة كل من الحق أو الدين الى شخص ثالث بالتراضي ، ولكنهم لم يجوزوا بيع الدائن دينه إلا من المدين نفسه فقط . وقد وضعوا في ذلك القاعدة القائلة : لا يجوز تمليك الدين إلا بمن عليه الدين^(١) ، وبذلك حلوا من قابلية نقل الالتزام في ناحيته الموجبة (أي نقل الحق) ، إذ حصروها بطريق الحوالة دون البيع .

والحوالة عندم نوعان :

أ) الحوالة المفيدة ، وهي التي قيدت بأن يؤدي المحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده بمالك المكيل ، أو من دين عليه للمكيل .

ب) - وحوالة مطلقة ، وهي التي تخلو من هذا القيد ، فيؤديها المحال عليه من ماله الخاص سواء أكان هو مديناً للمكيل أو غير مدين .

١) - من حيث الرضى والقبول :

فإن الحوالة تتوقف شرعاً على رضى المحال عليه ، ولا يكفي فيها الاتفاق بين المدين المكيل ، والدائن المحال .

بخلاف البيع فإنه لا يتوقف على رضى غير البائع والمشتري فلو صح بيع الدين من غير من عليه الدين لم ذلك دون علم المدين ورضاه . فيصبح ملتزماً وغماً عنه تجاه دائن اجنبي عنه لم يتعاقد معه . وهذا لم يقبله الاجتهاد الحنفي ، لأن الناس تختلف في المطالبة والملازمة واللاحاق .

٢) - من حيث الحكم ، أي الاثر المترتب :

فإن البيع يذشأ عنه ملك بات . أما الحوالة فإنها لا تنقل ملكية الدين من

(١) مآتي هذه القاعدة في بحث نتائج التمييز بين الدين والعين من الباب

التالي الباحث في الاموال .

ذمة إلى ذمة ، وإنما تنقل التزام أداء الدين - ويتبعه انتقال حق الدائن - نقلاً غير
نهائي بل معلقاً على المصير والنتيجة ، حتى قال الفقهاء :
« أن المدين يبرأ بالحوالة براءة مؤقتة بعدم التوى »
(رد المختار ٤/ ٢٩١) .

فإن تمكن الدائن المحال من استيفاء حقه من المحال عليه تأكد النقل
نهائياً ، وملك الدائن المحال ما قبضه وفاء عن دينه . وإن وقع التوى ، لا فلاس
المحال عليه أو لوجوده الحوالة كما تقدم ، رجع المحال على مدينه الاصلي المحيل ،
لأن حقه لم ينقطع تعلقه بذمة المحيل ، فيستوفي منه ويطلق النقل .
ولذا قالوا في : الحوالة المقيدة : أن المدين المحيل إذا مات تبطل الحوالة ،
ويرجع المحال الى تركته فيستوفي منها دينه أسوة بسائر الغرماء .

وقد عللوا ذلك بأن « الحوالة ما شرعت لتسليك بل لنقل المسؤولية .
خالالاً أو الدين الذي كان للمحيل عند المحال عليه لم يصر بمولوكا للدائن المحال بعقد
الحوالة ، فموت المحيل في الحوالة المقيدة تصبح سائر أملاكه تركه له - ومن
جملتها ماله عند المحال عليه - فتتعلق بتركته جميع الحقوق الشخصية لدائنيه
على السواء .

وهذا بعكس الحوالة المطلقة ، فإن موت المحيل لا يبطلها بل يبقى المحال
عليه ملتزماً بالوفاء للمحال ، لأنه إنما التزم الوفاء من ماله لامن مال موجود
للمحيل عنده (ر : الدر المختار ورد المختار ٤ / ٢٩٠ و ٢٩١ ، وتقريرات
الرافعي عليه)

فلو كانت الحوالة بالدين بيعاً له لما بطلت الحوالة المقيدة بموت المحيل .
وإنما الحوالة عقد خاص له نتائج وخصائص يختلف بها عن البيع اختلافاً بيناً^(١) .

(١) - قال الأستاذ شفيق شحاتة في الفقرة / ١٠٦ / من رسالته : [قرر =

٣٣ - وكان بعض الاساتذة الباحثين قد نظروا إلى أن فقهاء العنيفة لم يميزوا بين الدائن دينه لغير دينه ، فاستنتجوا من ذلك ان الفقه الاسلامي لا يميز حوالة الحق وإنما يميز حوالة الدين فقط .

يقول الأستاذ شفيق شحاتة في الفقرة / ١٠٦ / من رسالته النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية :

« سئى ان للالتزامات في الفقه الاسلامي صبغة مادية . وقد أدت هذه الصبغة الى امكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة - يعني حوالة الدين - بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة - يعني حوالة الحق - وهذا الانتقال يتم بواسطة ماسمونه الحوالة » ٥١ .

ويقرر أيضاً الأستاذ العلامة الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم في مذكراته عن الالتزامات في الشريعة الاسلامية ص / ٢١٩ / :
« ان حوالة الحق في الاجتهاد الحنفي لاتصح ، وعند الاثنية الثلاثة تصح حاجة اليها » ٥١ .

غير أنه بالرجوع إلى كتب المذهب الحنفي يتضح أن الواقع المقرر في نصوصه جواز حوالة كل من الحق والدين ، خلافاً لما ذكره الأستاذات المشار اليها .

= أحد علماء القانون أن الحوالة الاسلامية هي من المرونة بحيث تؤدي وظائف عدة : فهي تؤدي وظائف الاحالة ، والتنازل عن الحق ، والوكالة بالقبض ، والوكالة بالقضاء ، وفتح الاعتماد (أنظر « هوفلان » في كتابه Annales de droit commercial ، طبعة سنة ١٩٠١ م ، ص / ١ / وما بعدها) [٥١ .
وهذا رأي سديد في فهم الحوالة .

وليان ذلك يجب تحديد معنى حوالة الحق وحوالة الدين ، ثم تطبيق ذلك على النصوص :

— فحوالة الحق معناها نقل الحق من دائن إلى دائن ، أو بتعبير آخر : حلول دائن محل دائن بالنسبة إلى المدين .

— وحوالة الدين هي : تبديل المدين بالنسبة الى الدائن ، كما يصرح به الشيخ أحمد ابراهيم نفسه رحمه الله في مذكرة الالتزامات / ص ٢١٨ / .
ومن السهل تمييز نوع الحوالة اذا نظرنا الى المحيل : فان كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق ، وان كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين .

٣٣ — اذا علمنا هذا فكل حوالة مطلقة يحيل بها المدين دائنه على آخر هي من قبيل حوالة الدين ، اذ يتبدل فيها المدين ، ويبقى الدائن هو نفسه ، وهذا واضح ظاهر .

وكل حوالة مقيدة يكون فيها الانسان مديناً لشخص ودائناً لآخر . فيحيل دائنه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه هي حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد .

لأن المحيل فيها هو دائن للمحال عليه ، ومدين للمحال . فيتبدل فيها بالنسبة الى المحال عليه ، دائن مكان دائن فتكون بذلك حوالة حق ، كما يتبدل فيها المدين بالنسبة الى المحال ، فتكون بذلك حوالة دين .

وقد أجاز الفقهاء كلا النوعين من الحوالة المطلقة والمقيدة (ر : المجلة / ٦٧٨) ، وصرحوا بانقطاع حق المحيل في هذه الحوالة المقيدة من ان يطالب مدينه المحال عليه بالمال المحال به ، وأوجبوا ضمان المحال عليه إن دفع الدين الى دائنه المحيل ، لأن قبض الدين أصبح من حق الدائن الجديد وهو المحال (ر : المجلة / ٦٩٢) .

وعلى ذلك جوز الفقهاء أن يحيل البائع دائته على المشتري بالنسيء، ويجعل المرتن على الراهن بالدين، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر. وكل ذلك من قبيل حوالة الحق يحل فيها دائن جديد - وهو المحال - محل الدائن الأصلي وهو البائع أو المرتن أو الزوجة. حتى قالوا إنه يسقط بها عندئذ حق البائع في احتباس المبيع، وحق المرتن في احتباس الرهن، وحق المرأة في احتباس نفسها عن الزوج، اذ يعد كل منها كالمشتري لحقه بهذه الاحالة على مدينه (ر: رد المحتار عن الزيادات للإمام محمد ٤/ ٢٩١).

وصرحوا أيضاً بجواز احالة المستحق في الوقف دائته على فاعل الوقف في حقه من الثقة بعد حصولها في يد الناظر (رد المحتار أيضاً) وهنا كما ترى قد تحول المستحق في الوقف حقه الى دائته.

فهل بعد هذا من مجال لان يقال ان الفقه الاسلامي، أو الاجتهاد الحنفي، يقبل حوالة الدين فقط دون الحق؟ (١).

(١) - لا ينبغي أن يتوهم من تصوير حوالة الحق بصورة الحوالة المقيدة دون المطلقة ان مديونية المحيل في هذه الحوالة المقيدة هي العلة الفقهية في جواز نقل حقه بالحوالة، اذ ليس لمديونته أو عدمها تأثير فقهي في جواز نقل حقه أو عدم جوازه.

وانما التجأنا في التصوير الى الحوالة المقيدة لأنها هي التي تتوافر فيها، في الواقع، عناصر حوالة الحق، اذ يجب أن يكون المحيل في حوالة الحق صفتاً دائن ومدين:

- فكون المحيل مديناً للمحال ليتحقق معنى الحوالة بوجه عام، لأنها لا تنسى حوالة فقهاً الا اذا كانت بين مدين ودائن.

٣٤ - هذا ، وان شبة الاستاذ شقيق شحاتة في ذلك هي ما أشار اليه في الفقرة /١٨٠/ من رسالته .

« ان الحال لا يملك بعقد الحوالة مقابل الوفاء عند الحال عليه في الحوالة المقيدة » .

أي ان الحال لا يملك المال الذي للمدين المحيل عند الحال عليه بمجرد الحوالة ، وانما يملكه الحال بعد تنفيذ الحوالة بالقبض . ولذا لو مات المحيل بطلت الحوالة

= - وكون المحيل دائماً أيضاً ليتحقق معنى حوالة الحق بنقل المحيل حقه الذي على مدينه الى شخص آخر هو هنا دائنه الحال .

فلو كان المحيل دائماً فقط فأحال الى غيره لكان هذا إما توكيلاً بالقبض ، وإما بيعاً أو هبة للمدين من غير من عليه الدين ، وليس حوالة بالمعنى الفقهي . وقد علمت ان تعليق الدين من غير من عليه الدين لم يجوز فقهاؤنا .

ولو كان المحيل مدينياً غير دائن لكان حوالة دين لا حوالة حق .

فحوالة الحق الفقهية دائماً انما تكون ، في الواقع ، من نوع الحوالة المقيدة . وفي الاجتهاد الشافعي لا تكون الحوالة أبداً الا مقيدة ، اذ يشترط دائماً ان يكون الحال عليه مدينياً المحيل بمقدار الحوالة فأكثر ، فهي دائماً نقل للحق وللدين معاً ، ولكنه في الاجتهاد الشافعي نقل نهائي في معنى البيع ، فلا يرجع الحال على محيله بافلاس الحال عليه ولا يشترط في عقددها رضی هذا الاخير .

ويجب ان يلاحظ في هذا المقام ان نصوص القانون المدني الجديد (وقبله المادة /٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا قد قضت بعمومها على قاعدة « عدم صحة تعليق الدين من غير من عليه الدين » فأصبح للدائن أن يبيع دينه او يهبه من يشاء . وسيأتي التنبيه على ذلك في باب الاموال .

المقيدة كما تقدم بيانه ، ورجع الحال على تركه المحيل أسوة بسائر الغرماء الدائنين .
ويعتبر من جملة التركة ما للمحيل المتوفي عند الحال عليه من المال الذي كان خصص
لرفاه الحوالة .

ولكن هذه الشبهة مبنية على تصور ان حوالة الحق تستوجب التمليك
كاليبيع . وقد عرفت ان الحوالة ليست عند الفقهاء بيعاً وانما هي عقد خاص
يفترق عن البيع في شرائطه ونتائجه .

والفقهاء الحنفيون لم يميزوا الدائن نقل حقه بطريق البيع ، ولكنهم
أجازوه بطريق الحوالة ، كما أجازوا للدين نقل التزامه بها على ما سبق بيانه وتعليقه ،
فاذا لم تعد الحوالة التمليك فليس معنى ذلك أن الحق لا يقبل الحوالة ، إذ هذا
هو حد الحوالة وغايتها شرعاً ، ولا يمكن أن يطلب بالمعقد أكثر من غايته
المشروع لها .

على أن الاستاذين الكريمين متفقان على ان حوالة الدين جائزة في الاجتهاد
الحنفي وسائر الاجتهادات الاسلامية .

وقد رأيت ان الاجتهاد الحنفي حكمه واحد في جميع صور الحوالة
الحوالة : انها لنقل المسؤولية بالدين بصورة غير نهائية ، حتى ان الحال فيها يرجع
على المحيل عند التوى ، سواء في ذلك الحوالة المقيدة التي فيها نقل حق ، والمطلقة
التي ليس فيها سوى نقل دين ، خلافاً للاجتهادات الاخرى التي تعتبر النقل في
الحوالة نهائياً لارجوع بعده بافلاس الحال عليه .

فاذا كان القول بنفي حوالة الحق من الاجتهاد الحنفي مستنداً الى كون
صورة حوالة لا تقيد نقلاً نهائياً لزم منه ان يقال بنفي حوالة الدين أيضاً
للاشتراك في العلة . ولا وجه للانبات في صورة والنفي في أخرى ، وعندئذ
لاندرى لماذا وضع الفقهاء في مباحث الفقه كتاب الحوالة !!؟

٣٥ - نعم ان الفارق بين فقهاء الاحكام القانونية الحديثة في هذا الموضوع أن نظريات الحقوق الوضعية الحديثة أجازت للدائن نقل حقه بالبيع والهبة وغير ذلك بصورة مطلقة ، بينما الفقه الحنفي قيد ذلك في غير الحوالة بأنه لا يجوز أن يبيع الدائن دينه او يهبه الا لمن عليه الدين ، كي لا يفاجأ المدين بدائن لم يتعاقد معه ولا يتحمله .

على انهم جوزوا أيضاً هبة الدائن دينه لغير المدين إذا وكله الدائن الواهب بقبضه : فيقبضه بحكم الوكالة ، ثم يملكه بحكم الهبة .

والخلاصة ان فصل الخطاب في الموضوع هو التمييز بين الدلالة والبيع . ولو أن الاستاذ شفيق شحاتة لما ينفي جواز نقل الحق بطريق البيع فقط في الاجتهاد الحنفي لكان ذلك مسلماً به ولا مجال لانتقاده . ولكنه نفى امكانه بطريق الحوالة اذ قال فيها نقلناه من عبارته : « وهذا الانتقال يتم بواسطة ماسمونه : الحوالة » . وهذا هو محل المناقشة ^(١) .

(١) - بعد ما تقدم اخرج الدكتور شفيق شحاتة كتابه (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية) وهو محاضرات في القانون المدني القاها في معهد الدراسات العربية العالية سنة / ١٩٥٤ . وقد جاء فيه (ص / ٦١ / فقرة ٧٧ / مانصه :

« يقال في العادة ان حوالة الحق غير جائزة في الفقه الحنفي بخلاف حوالة الدين .

أما عن حوالة الحق فالذي اتضح لنا بعد استقراءنا للسائل فيا تقدم ان الحكم به .دم جوازها في الواقع حكم مبترس . »

وهذا كما ترى رجوع عن رأيه السابق في كتابه « نظرية الالتزامات في الشريعة الاسلامية » الى رأينا . وهذا خلق العلماء إذا تبين لهم الصواب .

٣٦ - نلازم المسؤولية والمديونية

الأصل في التشريع الاسلامي - وكذا في النظريات الحقوقية الحديثة -
التلازم بين عنصري المديونية والمسؤولية في المحل .
فشخص المكلف في الالتزام هو مدين ومسؤول بالمعنى والتحديد الذي
سبق بيانه في الفقرة السابقة .

ولكن قد ينفك محل المديونية عن المسؤولية لمواضع استثنائية، فيكون
محل المديونية هو الذمة الشخصية ، ومحل المسؤولية هو المال . وذلك كما إذا
كان المدين قاصراً ، فان التنفيذ يتعلق رأساً بماله ، فلا يجبس في الدين ، ولكنه
متى ملك تمام اهليته بالبلوغ حمل المسؤوليات شرعاً وساغ اجباره قضاء
على الابقاء .

وسنرى قريباً أمثلة أخرى لهذا الانفكاك في الفقرة / ٣٨ / الآتية .

الفرع الثاني

موضوع الالتزام^(١)

- الالتزام بالدين ، وبالعين ، وبفضل ، وبامتناع .
- الموضوع الاعياني . والموضوع السائي .

(١) - تقدم إيضاح معنى موضوع الالتزام في بحث عناصر الالتزام
وحقيقته فليُنظر (ف/ ٢٦) .

٣٧ - الالتزام بالدين ، وبالعين ، وبفعل ، وبامتناع

يقرر علماء القانون ان الالتزام يكون موضوعه احد اربعة امور :
إما اداء مبلغ من النقود ، وإما تسليم عين معينة بذاتها ، وإما قياماً بعمل معين ،
ولما امتناعاً عن عمل .

ونجد هذا منطبقاً على ما في الفقه الاسلامي من صور الالتزامات المختلفة .
ففي الفقه الاسلامي أيضاً نجد ان الالتزام قد يتعلق بدين أو بعين أو بعمل
أو بامتناع عن عمل ، كما يتضح مما يلي :

(أ) - الالتزام بالدين :

ان الالتزام بأداء مبلغ هو التزام بوفاء دين .
فالدين يعبر به غالباً في الفقه الاسلامي عن التزام الملتزم بالنقود أو ما في حكمها
من الاشياء المثلية التي تثبت في الذمة من الكميات أو الموزونات أو المذروعات
أو العدديات المتقاربة (ر : المجلة / ١٥٨) وسيأتي تفصيله .

والذمة تفيد معنى المهددة التي تكون للشخص في تحمل الحقوق .
وقد يراد منها ما يرادف الالتزام التقدي . وسنبسط الكلام على الدين
والعين ونظرية الذمة في الباب الثاني الآتي عن الاموال (ف ١١٥ - ١٢٧) .
وقد ميز الفقهاء في التزام الدين بين عنصره الاساسين ، وهما : ذات
الدين ، والمطالبة به .

فالاصل في هذين العنصرين التلازم ، وقد ينفك احدهما عن الآخر .
ويذكر الفقهاء ذلك بمناسبة الكفالة ، والحالة ، والابراء ، والتقصص ،
وتأجيل الدين :

— فالكفالة تضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول في المطالبة فقط .

- والحوالة تنقل التزام أداء الدين من ذمة الى ذمة .

- وفي الإبراء يستفاد من كلام الفقهاء التفريق بين الإبراء عن اصل الحق والإبراء عن الدعوى به . فالإبراء عن الدعوى فقط لا يسقط الحق ولكنه يمنع المطالبة به (ر : ود المختار كتاب الصلح ٤/٤٧٤ - ٤٧٥) .

- والتقاس هو ان يثبت للدين عند الدائن نظير دين هذا عليه . وهو انما يمنع المطالبة ولا يسقط الدين المتعاقبة . فلو أبرأ أحدهما الآخر بعد ذلك طوبى بما للآخر عليه ، إذ يزوال المانع يعود المنوع كما -نرى في نتائج التمييز بين العين والدين من باب الاموال (ف/١١٦ سادساً) .

- والدين ، بوجه عام ، يقبل التأجيل الى زمن معين كما يقبل التسليم ، أي التقييط ، بحيث يؤدى كل قسط منه في موعد معين .

- فتأجيل الدين يمنع المطالبة قبل حلول الاجل رغم قيام الدين .

ب) - الالتزام بالعين :

أما الالتزام بالعين فذلك عندما يكون محله عيناً معينة بذاتها يقع الالتزام بتسليمها ، كتسليم المبيع للشقري وود المقصوب الى المقصوب منه ، وتسليم الرديعة المودع عند طلبها ، واعادة المأجور الى المؤجر متى انقضت مدة الاجارة . فالالتزام بالعين المعينة بذاتها معناه دائماً : الالتزام بتسليمها .

ويجوز تحديد مكان معين لتسليم العين الملتزم بتسليمها ، كما يجوز ذلك

في الدين .

فقد نصوا على أنه لو اشترط في عقد البيع تسليم المبيع في مكان معين صح الشرط ووجب تسليم المبيع في المكان المشروط (المجلة / ٢٨٧) .

ج) - الالتزام بعمل :

وأما الالتزام فصوره كثيرة لا تحصى ، كالاتزام بنقل بضاعة او اصلاح

آلة ، أو صنع شيء من الاشياء . ويدخل فيه بصورة عامة التزام كل اجير
بالقيام بالعمل المستأجر عليه .

ويشمل الالتزام بالعمل أيضاً ما تقدم من صور الالتزام بالعين والالتزام
بالدين . فان تسليم العين ، كرد العارية والمقصوب ، هو نوع من العمل .
وكذلك وفاة الديون .

فالعمل أو الفعل موضوع عام يشمل تسليم الاعيان المعينة بذاتها ، ودفع
الديون ، كما يشمل كل عمل من نوع آخر كاصلاح آلة ، ونقل بضاعة ، واجراء
عملية جراحية لمريض ، الخ . .

وقد يعتبر الالتزام الناشيء بعقد الاستصناع التزاماً بالعمل على أحد رأيين
للفقهاء في أن المبيع فيه هو العمل أو الممول . والراجح عندهم الرأي الثاني :
أن المبيع فيه هو العين المصنوعة ، وعليه المجلة .
وثمره الخلاف ان الصانع لو جاء بمصنوع شخص سواه موافق للشروط يلزم
به المستضع على الرأي الثاني دون الاول .

د - الالتزام بامتناع عن عمل :

ان ما تقدم من الصور والامثلة كلها كان موضوع الالتزام فيها ايجابياً
يتجلى في القيام بفعل كدفع الدين ، وعمل الاجير ، وتسليم المبيع والثمن
الخ . . والموضوع الايجابي هو الصورة الشائئة الغالبة في موضوع الالتزامات .
وقد يكون موضوع الالتزام سلبياً يتجلى في صورة امتناع عن فعل ،
كالالتزام الوديعة بأن لا يتعدى على الوديعة ، والالتزام المرتهن بأن لا يستعمل
المرهون الا باذن الرامن ، والالتزام المستأجر بأن لا يتجاوز المعتاد في استعمال
المأجور ، والالتزام الشريك في المال الشاع بأن لا يستعمل العين المشتركة
استعمالاً مضراً بحق شريكه

٣٨ - ان الموضوع السلي للالتزامات في الفقه الاسلامي يرى كثيراً في الوجائب المدنية العامة التي يفرضها الشرع كبدأ عام لصيانة الحقوق والاموال ، ومنع العدوان كالامنة التي بيناها . فلهذا واجبات تثبت حكماً بايجاب الشرع .

ولم يرد في الاجتهاد الحنفي ما يسوغ ان يكون الامتناع موضوعاً مباشراً للالتزامات العقدية ، كتعاقد اثنين على ان لا يفتح أحدهما محلاً تجارياً في جانب محل الآخر لبيع مثل بضاعته ، أو كاتفاق ارباب نوع من المعامل مع احدهم أن يعلق معمله كي ينحصر الانتاج بهم لقاء عوض شهري يدفعونه اليه ، كما يجري اليوم بين ارباب المطاحن ، ونحو ذلك من الموضوعات السلبية في التعاقد .

ولما يكون الامتناع موضوعاً غير مباشراً في الالتزام العقدي ، فيكون من لوازم العقد ومقتضياته بحسب المبادئ الشرعية العامة وان لم يصرح به في العقد . فعدم استعمال الوديعة هو من وجائب الامين العامة . وكذا ما ذكر في مثال المأجور والمرهون لان عيبتها امانة .

أما العقد على الامتناع عن فعل مدني سائغ فهو غير معتبر ، لأن من المقرز لدى فقهاءنا ان الانسان لا يلزم بتحليل الضرر المحض وان رضي به^(١) ، والامتناع عن عمل مدني مشروع هو ضرر لصاحبه . وفي هذا تختلف نظرية الفقه الحنفي عن الفقه الاجنبي . ففي القوانين

(١) - انظر « درر الحكام شرح غرر الاجكام » لملاخسرو ، في البيع الفاسد ج ٢ ص ١٧٠ / في تحليل فساد بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعض .

الاجنية قد أقرؤا مبدأ التعاقد على الامتناع عن فعل ، واعتبروه ملزماً ، وجعلوا من الموضوع السلي ميداناً واسعاً للالتزامات العقدية ولا سيما في الضمان التجاري^(١) .

٣٩ - الموضوع الائجابي ، والموضوع السلي :

هذا ، وبناء على جميع ما سلف بيانه - وخاصة ان الالتزام بالدين وبالعين يدخلان في الالتزام باحمل الذي هو اعم منهما موضوعاً - يمكن تلخيص ما تقدم بان موضوع الالتزام يكون دائماً بوجه عام احداً من : اما عملاً ، واما امتناعاً عن عمل ، اي اما موضوعاً ايجابياً واما سلبياً .

(٢) - تقدم في بيان أنواع الحق العيني ان الاجتهاد المالكي يسوغ انشاء مثل هذا الالتزام السلي بالعقد في حقوق الارتفاق (ر : ف ١٩ / الحاشية . والظاهر ان الاجتهاد المالكي يميز انشاء الالتزامات السلية بالتعاقد على نطاق اوسع . فقد نص المالكية على انه اذا اتفق المشتري في البيع بالمراد مع احد منافسيه ان يكف عن الزيادة لقاء مبلغ يدفعه له فكف المنافس عنها يستحق هذا المنافس المبلغ سواء اشترى ذاك السلعة ام لا .

وهذا من صور التناجش الذي تقدم بحثه في الجزء الاول (المدخل الفقهي ف ٢ / ١٨٧) . فاذا توأما المشتري مع جميع منافسيه او اكثروهم على ان يكفوا عن الزيادة كان ذلك غير جائز اضرره بالبائع ، ودخل عندئذ في حد عيوب الرضى ، فيكون للبائع حق ابطال البيع (ر : شرح الخرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص ٨٣) .

ويجب ان يلحظ هنا نصوص القانون المدني ، (وقيله المادة ٦٤ / من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق) تقتضي اعتبار هذه الاتفاقات السلية ملزمة لأصحابها . فهذا الحكم القانوني هو النافذ لدينا اليوم .

و يدخل في الموضوع الايجابي (وهو الفعل) وفاء الدين ، وتسليم العين .

٤ - تنبيه :

ظهر مما سلف أنه لا يجب لاعتبار الحق شخصياً في مقاصد الفقهاء ان لا يكون له تعلق بعين معينة .

فقد يكون الحق شخصياً ولو ان موضوعه تسليم عين ، كحق المودع على المودع تسليم الوديعة ، وحق المالك على الغاصب برد عين المقصوب ، وحق المشتري على البائع تسليم عين المبيع .

فالحق هنا متجه الى الفعل المتصل بالعين ، وهو التسليم أو الرد ، الخ . .
كما تقدم . فهو حق شخصي ان يتسلم ، وهو التزام من المكلف بالتسليم .
أما ملكية العين نفسها فهي حق عيني لصاحبها المالك .

الفرع الثالث


في شرائط الالتزام ، وتعريفه

- تعيين طرفي الالتزام - معلومية عمله - قيمة العمل

- تعريف الالتزام - الاحماء الاصطلاحية لمناصره .

١ - تعيين طرفي الالتزام :

اتضح مما سلف أن كل التزام لابد فيه من طرفين : الملتزم ، والملتزم له.

فهل يجب أن يكون الطرفان معينين منذ ابتداء الالتزام ونشأته ؟
 بما لا شبهة فيه أن الملتزم لابد أن يكون وأن يتبع منذ نشأة الالتزام
 لأنه هو المكلف أو المدين ، ولا يعقل إنشاء دين في ذمة شخص غير  .
 أما الملتزم له ، أي صاحب الحق ، فإن الأصل فيه أن يكون أيضاً متعيناً
 منذ نشأة الالتزام . لكن استقصاء الأحكام الفقهية يدل على أنه لا يجب دائماً
 أن يكون متعيناً ابتداءً . بل قد يكتفى بتعيينه عند استحقاق تنفيذ الالتزام .
 ومعنى ذلك أنه يمكن أن يقع الالتزام لمجهون في الابتداء .

(١) - فقد نص الفقهاء على صحة تنفيل الإمام في الجهاد بقوله مجزئاً
 للجهاديين : من قتل قتيلاً فله سلبه .

وقد ورد مثل هذا التنفيل عن النبي ﷺ . (ر : رد المحتار وحاشيته ،
 باب المقسم من كتاب الجهاد ٣ / ٢٣٨) .

(٢) - وكذلك أجازوا أن يعلن من يفقد شيئاً جائزاً لمن يحمده ويأبى
 به ، ولو لم يكن الخطاب والتكليف موجهاً الى شخص معين ، ويستحق
 الواجد أجر المثل في أحد وأبين للفقهاء في ذلك ^(١) .

(٣) - وصرحوا أيضاً في العبد الذي يأتى ، أي يفر من مولاه ، أن
 من أحضره يستحق على مولاه جعلاً قدره أربعون درهماً ، وهو حكم ثابت بالسنة .
 ومقتضاه ان المولى عند الابق يعتبر ملتزماً بالجمل تجراه كل من يتأتى
 منه رد العبد (رد المحتار ٣ / ٣٢٦ - ٣٢٧) .

(١) - والرأي الثاني أنه لا بد لاستحقاق الجمل أي الجائزة ان يكون
 الخطاب موجهاً الى جماعة حاضرين او شخص معين تحريضاً على الاستحجار (ر :
 الدر المختار ورد المحتار ، كتاب القطة ٣ / ٣٢١) .

(٤) - وصرحوا أيضاً أن من القى شيئاً وقال : « من أخذه فهو له ، ونحو ذلك ، فمن سمعه أو رأى له هذا أن يأخذه فيملكه .
أما من يلفه الاعلان فلا يملكه ان أخذه ، لأنه انما يأخذه عندئذ على سبيل اللقطة ليرده الى صاحبه ، بخلاف من يلفه القول ، فذلك يأخذه على سبيل الهبة ، وقد تمت بالقبض بعد الايجاب .
ولا يضر كونه ايجاب التزام لمجهول لأن هذه جهالة لا تفضي الى المنازعة لمشكلة والمالك انما يثبت عند الأخذ - أي التنفيذ - وهو متعين معلوم ، إذ ذاك .

وأصل هذا الحكم يستند فيه الفقهاء الى حديث نبوي .
حتى ان مجرد الالتقاء بلا اعلان يعيد هذا الحكم اذا قامت قرينة مقام الاعلان كمن ينثر السكر والدرام في العرس ونحوه ، فمن اخذ شيئاً منه ملكه (رد المحتار ، آخر كتاب اللقطة) .

(٥) - وكذلك صرحوا بصحة الاقرار لمجهول جهالة غير فاحشة كما لو قال شخص لاثني : ان لأحدكما علي مبلغ كذا ، وعندئذ ينصف بينهما ان اتفاقاً (المجلة / ١٥٧٨) .

على ان صحة الالتزام دون تعيين الملتزم له في هذه الأمثلة الحسة ونحوها هي حكم استثنائي لا يمكن تعميمه على كل التزام ، فان معظم الالتزامات لا بد فيها من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها ، وهذا هو الأصل كما في البيع والاجارة وغيرهما .

٤ ٢ - معلومية محل الالتزام :

وكذلك محل الالتزام ، فانه ، في اغلب الاحوال لا بد ان يكون معلوماً منذ نشوء الالتزام .

وعدم معلومية الحل في الالتزامات العقدية يكون إما مفسداً للعقد المنشئ
للالتزام ، أو مبطلاً له على اختلاف الاجتهادات في ذلك :

فقد اعتبر الاجتهاد الحنفي بيع الشيء المجهول واجارته مثلاً منعقدين
لكنها فاسدان لتأديتها الى نزاع مشكل عند التنفيذ ، بينما ذهب الاجتهاد
الشافعي وغيره الى بطلان العقد بهذه الجهة .

ويجري مثل هذا الاعتبار في عقود المعاوضة كافة ، كالبيع والاجارة
والصالح على بدل والقسمة اذا كان احد العوضين او كلاهما مجهولاً .

وانما قلنا (في اغلب الأحوال) لأن فقهاء الحنفية قد اجازوا في بعض
الالتزامات جهالة محلها ابتداءً ، واكتفوا بالمعلومية عند التنفيذ .

— وقد صرحوا في الكفالة بموازها وصحتها اذا كفل الانسان ما سببناً
من دين عند آخر عيادته ^(١) .

وكذلك صحوا أن يبيع انسان ما في صندوقه وان لم يكن مضمونه
معلوماً عند العقد .

وصحوا ايضاً عقد النكاح بمهر مجهول ، وأوجبوا به مهر المثل ، لأن
المال ليس مقصوداً أساسياً في النكاح .

٤٣ - قية محل الالتزام :

هل يجب أن يكون محل الالتزام ذا قية ؟

ان النظر يقضي حسناً أن يكون محل الالتزام ذا قية مالية بالنسبة الى
الملتزم له ، إذ لا منفعة ترجى من عمل او كف لا قية له ، كمن التزم تجاه آخر
أن يمشي مدة من الزمن ، او أن يصوم عن الطعام ، او يسهر ، او نحو ذلك

(١) - ر : الدر المختار ، كتاب الكفالة ٢٦٤/٤

من الأعمال المباحة التي لا طائل تحتها او لا يعود على الملتزم له ثمرة منها (٣) .
فالواقع أنه في اغلب الأحوال يجب أن يكون للالتزام قيمة مالية ،
ولاسيما في الالتزامات التعاقدية ، إذ العقد إنما يفي به الطرفان غاية اكتسابية .
وتبجلى القيمة المادية في الالتزامات الإيجابية بوضوح ، كتسليم المبيع
والنقل ، وعمل الأجير ، وأداء الاجرة ، والتسليم من منافع المأجور ، ونتائج
أعمال الشركاء في الشركة الخ . . . أما الالتزامات السلبية التي سلف بيانها
فكذلك تظهر فيها القيمة المادية بطريق غير مباشر ، لأن التزام عدم استعمال
الأمانة او عدم التعدي عليها مثلاً هو مصلحة مالية لصاحبها ، لأنه يبعد عنها
طروء ما يضرها .

وفي البيع شرط الفقهاء صراحة في جلة شرائط انعقاده أن يكون
المعقود عليه مالاً متقوماً . ويفسرون المقوم في اصطلاحهم بأنه ما يجوز الانتفاع
به شرعاً ، فيخرج ما لا يجوز الانتفاع به ولو كان ذا قيمة في الأسواق لأنها حدر
في نظر الشرع ، كالخمر والحزير بالنسبة الى عقد المسلم (المجلد ١٢٧ / ١٩٩) .
على أنه قد رأينا أن الالتزام لا يختص بما كان ناشئاً عن عقد ، بل كل
تكليف مدني يعمده على انسان هو التزام عليه وهو حق شخصي لآخر ، كما تقدم
في تعريف الحق الشخصي .

فهذا الاعتبار نجد أن الالتزام في بعض الأحوال قد تكون قيمته اديية
تصل بالأخلاق والمصالح المعنوية ونظام الأسرة ، كاللزام المرأة بطاعة زوجها

(١) - هذا كما لا يخفى في الالتزامات المدنية ، أما الدينية فقد يصح فيها
ما لا يصح مدنياً ، كاللزام التعبدات من صلاة وصيام وصدقة ونحوها ، وهو
ما يسمى : نفواً .

ومتابعته ، والتزام الزوج بحسن معاملتها ، فهذا يفرضه الشرع كنتيجة لعقد الزواج ، والتزام الولي بإعمال الولاية على قاصر ، فانها عهدة عليه يجب عليه القيام بأعبائها^(١) .

٤ ع - تعريف الالتزام :

بعد أن حصلنا بما سلف بيانه فكرة إجمالية عن الالتزام وموضوعه نتنقل الى تعريفه بالحد القانوني مستمداً مما سبق ايضاحه .
فالالتزام هو :

كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل او بامتناع عن عمل لمصلحة غيره .
وهذا هو خير تعريف نضعه بعد النظر في مختلف التعاريف القانونية الحديثة من مختصر محل ، ومعلول فارغ .
ان تأخيرنا هذا التعريف القانوني الى هنا بعد ما تقدم من التمهيد يجعله واضحاً بلا حاجة الى ايضاح وتحليل .

(١) - قد اعتبر في التشريع الفرنسي التزام الزوجة بالطاعة والوصية بالوصاية من الالتزامات الادبية التي مصدرها القانون (ر : نظرية المقصد للاستاذ السهوري ف/٧١ / الحاشية/٢) .

(٢) - نلفت النظر بهذه المناسبة الى انه ليس من الضروري ، بل ولا من الصواب ، ما يحرص عليه بعض علماء القانون في مؤلفاتهم من استيعاب معاني في تعريف الالتزام لا يتوقف عليها فهم حقيقته وخصائصها ، كقولهم مثلاً في بعض التعاريف التقليدية :

الالتزام هو رابطة قانونية عليها عمل او امتناع عن عمل ذي قيمة مالية او ادبية ، بتضاهاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود او سيوجد .

(ر : د الالتزامات ، للاستاذ الدكتور حشة أبي ستيت ف/٢٥) =

وهنا لا بد من الإشارة الى أن علماء القانون الاجني ، ومن ينقل عنهم من العرب أيضاً ، يعرفون الالتزام والحق الشخصي تعريفاً واحداً على اساس أنها بمعنى واحد كما سلفت الإشارة اليه . وقد سبق أن بينا في مطلع هذا الفصل الثاني خطأ هذا النظر ، وأوضحنا اختلاف مفهوم الحق عن مفهوم الالتزام من حيث ان في الحق معنى الدائنية ، وفي الالتزام معنى المديونية ، وان كانا طرقي رابطة واحدة ، وعناصرهما واحدة كما تقدم (ر : ف/٢٥ و٢٦) .

وهذا يوجب أن يعرفا بتعريفين مختلفين يظهر منها هذا الفارق الاساسي . ولذلك عرفنا الحق الشخصي فيما سبق بأنه : **مطلب يفرضه الشرع لشخص على آخر (ر : ف/٧)** والآن عرفنا هنا هذا الالتزام بهذا التعريف الآخر .

٤٥ - الاسماء الاصطلاحية لعناصر الالتزام :

اصطلح شراح نظرية الالتزامات على تسمية طرفي الالتزام دائناً ، ومدينأً . فالدائن هو الملتزم له ، والمدين هو الملتزم ، ومحل الالتزام هو الدين .

== ويقصدون بهذه الاطالة الإشارة الى انه لا يشترط في محل الالتزام قيمة مادية ، كما لا يشترط وجود الملتزم له عند نشوء الالتزام ، بل يكفي وجوده عند التنفيذ . أما الملتزم فيشترط وجوده من ابتداء .

فكل هذه النواحي خارجة عن ماهية الالتزام وحقيقته ، وعن خاصته المديزة ، هي شرائط قد يشترطها قانون وجمليها آخر .

ومن المقرر علماً ان الشرائط ليس محلها التعاريف . فلو أردنا مثلاً تعريف عقد الوكالة لوجب ان نقصر في تعريفها على قولنا : « انها ائابة شخص لغيره عنه في التصرف » (كما يعرفها فقهاء الشريعة الاسلامية) فان تعريفها ليس محلها لذكر الشرائط المطلوبة في الموكل ، والوكيل ، والتصرف الذي يجوز فيه التوكيل .

وهذا ترجمة حرفية عن اصطلاح القانون الفرنسي ، اذ يسمى الملتزم له :
Créditeur والملتزم : Débiteur .

وهذا الاصطلاح - على ما فيه من سهولة الاستعمال والاختصار ووضوح
الدلالة - غير مناسب لعرف الفقه الاسلامي واصطلاحه بالنسبة الى الالتزامات
التي موضوعها العمل كما في الأجير والمستأجر ، والتي موضوعها ذوقية أدبية
كواجب الطاعة والمتابعة على المرأة لزوجها ، إذ يعد في منتهى البعد عن الذوق
الفقهي نسبة الزوجة في هذا مدينة ، والزوج دائناً .

والأولى فيما نرى أن يقتصر في التسمية على الألفاظ الثلاثة : الملتزم
والملتزم له ، والالتزام .

على أنه إذا أريد الاصطلاح على مرادف لهذه الألفاظ الثلاثة بعيد عن
الاستنباط اللفظي في الرسم فخير ما تختاره هو :

الطالب ، للملتزم له ؛

والمكلف ، للملتزم ؛

والتكليف ، او المهددة ، او الوجيبة ، للالتزام (١) .

(١) - لفظ الالتزام قد استعمله الفقهاء الاسلاميون من القديم بمعناه
الحديث اليوم في الاصطلاح القانوني .

فقد جاء في الموافقات للشاطبي المالكي بمناسبة الكلام عن خطاب الشارع ،
(أي النص التشريعي الذي هو أساس التكليف) مانصه :

« ان من شرط تعلق الخطاب امكان فهمه ، لأنه الزام

يقتضي التزاماً »

(ر : الموافقات ، في بحث « المانع » ٢٨٥/١)

الفرع الرابع

في مصادر الالتزام

معنى مصدر الالتزام - حصر المصادر
وتوحيدها - أساس هذا الحصر

٦ - معنى مصدر الالتزام
مصدر الالتزام هو الأمر أو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام . وهو يقع دائماً في جواب هذا السؤال : من أين نشأ الالتزام ؟

ويقول الشيخ عبد العزيز البخاري من كبار فقهاء الحنفية والاصوليين في شرحه «الكشف» على أصول فخر الاسلام البزدوي في بحث بقاء ذمة الشخص أو انهدامها بالموت ، مانصه :
« ان ذمة الميت لم تبق عملاً لوجوب الحقوق فيها ابتداء بعد الموت . وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق » .

(ر : الكشف / ٤ / ٣١٤)
وسنرى في نظرية الذمة تعريف الاصوليين لها بأنها : صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً للالتزام والالتزام .

غالباً التزام بنين المتبايعين مصدره عقد البيع ، والتزام المتلف بالتعويض
هما أتلف مصدره الفعل الضار ، والتزام الأب بنفقة ولده مصدره الشرع نفسه
استناداً الى البتوة والفقر .

ومن ذلك يتضح أن مصدر الالتزام هو سببه نفسه المتقدم ذكره في
الفقرة ٢٧ / وهو الذي يربط العناصر المادية (الطرفين والمحل) برابطة
الالتزام - لأن المصدر الذي ينشأ منه الالتزام ليس في الحقيقة إلا الحادث
الذي يربط به الالتزام وجوداً وعدمياً . وهذا معنى السبب .

وقد صرح الفقهاء والاصوليون أن كل عقد هو سبب للأحكام التي تنشأ
عنه ، وهي الالتزامات . فإذا كان العقد من مصادر الالتزام كما سيأتي ، كانت
النتيجة أن سبب الالتزام هو مصدره نفسه ^(١) .

٤٧ - حصر مصادر الالتزام

(١) - جاء في رسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية »
للاستاذ شفيق شحاتة (ف/٤٦) ما نصه :

« وفي الواقع ان من عناصر الالتزام في التشريع الاسلامي .
السبب ، ولو أن ذلك لم يذكر صراحة والفقهاء عندما يستعملون
لفظ « السبب » يقصدون في العادة مصدر الالتزام .
وانا نجد مثلاً للشروطيين يقولون بوجود ذكر (سبب الدين)
في ذكر الحق . وكذلك يشترط ذكر السبب في الدعوى
بالدين » ا هـ .

والشروطيون الذين ورد ذكرهم في كلامه هم الفقهاء المؤلفون في موضوع
طرائق انشاء الصكوك التي كانت تسمى « كتب الشروط » كما يجمعها
الطحاوي مؤلف كتاب « الشروط الكبير » .

ومصادر الالتزام بوجه عام قد استقر الاستقراء والنظر الفقهي على حصرها في خمسة مصادر كلية وهي :

العقد ، والأداة المنفردة ، والفعل الضار ، والفعل النافع ، والشرع^(١) ومعنى المصدرية في هذه الأمور أن كل التزام لابد أن يكون مستنداً الى أحد هذه الأسباب ومتولداً عنه . ولا يجب أن تشترك كل هذه المصادر او اثنان منها فاكثراً في توليد

(١) - التشريع الفرنسي قد جعل في القانون المدني مصادر الالتزام الخمسة هي : العقد ، وشبه العقد ، والجرم ، وشبه الجرم ، والقانون . وقد بين شراح نظرية الالتزامات المتأخرون أن ذلك التقسيم خطأ وروم ، فلا يوجد شبه عقد ، ولا شبه جرم . وقد بينوا منشأ الروم في هذا التصور والتسمية بالاستناد الى القانون الروماني الذي هو أصل القانون الفرنسي ، اذ كان مصدر الالتزامات عامة عند الرومانيين الجرائم والعقود فقط . ثم ألحقت بها التزامات ليست ناشئة عن عقد ولا عن جرم ، ولكنها تشبه الالتزامات الناشئة عن جرم او عن عقد ، كالتلف مال الغير ، وعمل القضيي .

فسمى بعض الحقوقيين المتأخرين من الفرنسيين أسباب هذه الزمرة من الالتزامات : « اشباه الجرائم » ، واشباه العقود ، ظناً منهم ان الشبه المقرر بين انواع الالتزامات في النظر الروماني هو شبه بين مصادرها ، فسلطوا بين الالتزام ومصدره .

وقد ساد هذا الروم زمناً في النظريات الفرنسية وجاء القانون المدني الفرنسي فبنى على هذا الروم (ر : نظرية العقد للاستاذ السهوري) . وان الذي استقر عليه الرأي القانوني الحديث هو التقسيم الذي ذكرناه ، وهو يتفق مع الفقه الاسلامي لأنه مبني على استقراء طبيعي صحيح كما سنرى .

الالتزام - كما يجب أن تتحقق جميع الشروط لوجود الامر المشروط - لأن هذه المصادر اسباب مولدة ، والاسباب اذا تعددت يكون كل منها مستقلاً عن الآخر في توليد الاثر المسبب عنه ، فكلاً وجداً سبب نشأ عنه الالتزام الذي يقتضيه في نظر الشرع .

٤٨ - المراد من مصدر الالتزام المتقدم انما هو السبب المباشر لا المصدر الامر في ايجاب الالتزام ، اذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها الى الشرع او الى القانون ، لأنه هو الامر بالالتزام عند وجود تلك الاسباب المباشرة .

على أن بعض شراح نظرية الالتزامات الاجنبية يذهبون الى هذا الرأي ، فيصورون أن جميع الالتزامات يجب أن يعتبر مصدرها التشريع ، اذ اليه المرجع في اعتبار الحادث مولداً للالتزام او غير مولد^(١) .

لكن هذا النظر غير سديد ، لأن البحث انما هو في المصدر المباشر الذي يتولد منه الالتزام ، فان بعض الالتزامات لها اسباب طارئة هي العلة المباشرة في نشوء الالتزام ، كالعقد ، والاتلاف ، والغصب الخ ... فإضافة الالتزام اليها ألبق وأقرب ، اذ موقف الشرع فيها أشبه بموقف حاكم لا منشيء .

أمما الالتزامات التي لا يظهر فيها حادث مباشر تضاف اليه ، فيكون ايجابها من التدابير الشرعية التي يتدخل فيها الشرع مباشرة لتحقيق مصالح

(١) - هذا الرأي يشبه وأي من يقول من علمائنا بان مصادر الفقه الاسلامي الاربعة - الكتاب والسنة والاجماع والقياس - يجب ردها الى مصدر واحد وهو القرآن فقط ، لأنه هو الامر باعتبار بقية المصادر وقد تقدم ذكره ونقده في القسم الاول في الجزء الاول (ف/٤١) .

يقلدها ، ونظم حيوية او اجتماعية مجتمعا ، كصفة الاقارب ، واجباب الضرائب ، فانها تنضاف الى الشرع بهذا الاعتبار وان كانت في الحقيقة تستند الى اسباب قائمة كوجود القرابة المحرمة مع الفقر والمجز في وجوب نفقة القريب على قريبه .
لأن الشرع لا يتدخل ويفرض بلا سبب .

على أنه اذا اعتبر الشرع هو المصدر العام الوحيد اختلطت انواع المصادر المباشرة ، وزالت مزية التمييز والتصنيف فيها ، تلك المزية التي يمتاز بها اسلوب نظرية الالتزام العامة .

٤ - الاساس المنطقي لهذا الحصر في مصادر الالتزام :

ان الاستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري قد أتى في كتابه ونظرية العقد ، بتحليل ممتاز كشف به عن المستند المنطقي لتعيين مصادر الالتزام في القانون وحصرها وترتيبها . وقد بين فيه كيف تنفرع مصادر الالتزامات ، بل مصادر الحقوق كلها قاطبة ، من اصل منطقي واحد ، وأوضح فيه أن هذا الحصر طبيعي عقلي مستوعب .

ونحن نلخص رأيه فيما يلي مع شيء من التصرف وضرب الامثلة :

٥ - الواقعة الشرعية : (١)

ان كل سبب ينشئ علاقة شرعية او يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلا في العلاقات البشرية القائمة قبل وجوده .

(١) - اننا نعتبر في مباحث الفقه الاسلامي بلفظ « الشروع » ، حينما يعبر الباحثون في نظرية الالتزامات بلفظ « القانون » ، جرياً على اصطلاح فقهاءنا . فلذا استبدلنا اسم « الواقعة الشرعية » ، باسم « الواقعة القانونية » الوارد في كلام الاستاذ السنهوري .

فلو تصوراً أنه قد حصل على سطح الارض سكون وتوقف عن كل حركة أو حادث جديد أمكن أن نقول : ان جميع العلاقات تبقى حينئذ على حالها السابق دون تغير .

فاذا حدث بعد ذلك أية حركة جديدة طبيعية أو ارادية فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات .

ان تلك الحركة الجديدة الواقعة اذا كان من شأنها أن تنتج أثراً شرعياً سميت : « الواقعة الشرعية » .

ان الواقعة الشرعية إما أن تكون راجعة الى ارادة الانسان ، او تكون بما لاعلاقة لارادته بها .

فهو ب العواصف وانفجار البراكين قد يعتبر قوة قاهرة ، أي حالة اضطرابية تعفي المكلف من بعض التزاماته المتوقفة على الامكان ، كما اذا حالت دون امكان انتفاع المستأجر بأجوره اذ تسقط الأجرة ، او دون قيام متعهد بتمهده في وقته فلا يضمن ضرر التأخير ، او دون قيام وديع بحفظ الوديعة خلا يقع عليه ضمان التقصير .

وقد تكون الواقعة من عمل انسان فاقد الارادة والاهلية كالجنون ، او الصغير غير المميز اذا ائلف مال الغير فانه يلزم بالضمان (التعميض) .

وقد تكون من جهة انسان ذي إرادة دون ان يكون لارادته دخل فيها كالإيلاد ، فانه يثبت للولود حقوقاً ، وكلاوت فانه ينشئ للورثة او الموصي لهم حقوقاً كذلك .

فلذا يصح أن يقال بوجه عام .

- وما يرجع منها الى إرادة الانسان اكثره اعمال مادية قد يريد صاحبها بها او لا يريد لإحداث أثر في العلائق الشرعية القائمة . فهو يأكل ويمشي

ويتحدث الخ .. ولا يقصد الى أثر شرعي ، ولكن قد تتأثر العلاقات الحقوقية دون قصد منه :

فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً بعموه . وكذا إذا مشى دون حيلة فأتلف شيئاً . وإذا ذكر في أحاديثه مناب غير ما يعتبر جرم قذف أو قذف وذم حمل بذلك مسؤولية ضمانية أو عقابية .

– ومن الوقائع التي ترجع الى إرادة الإنسان ما ليست بأعمال مادية ، بل همم أعمال الإرادة ، والمراد بها توجه الإرادة المحضة الى إحداث نتائج شرعية معينة . وهذا يبسي : « تصرفاً شرعياً » ، تميزاً له عن الأعمال المادية .

– فمن هذه التصرفات الشرعية ما يرجع الى إرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف ، وهو التصرف الشرعي الوحيد الطرف . ومنها ما يقترون بإرادة طرف آخر وهو العقد .

فنتطيع إذن أن نستخلص مما تقدم ونقول : ان الوقائع الشرعية بجميع أنواعها هي مصادر الروابط والعلاقات الحقوقية .

٥١ – بعد ما تقدم ابضاحه يمكن تقسيم الوقائع الشرعية بالتدرج من الأعم الى الأخص كما يلي :

- أ) – الوقائع إما طوعية أو اختيارية .
 - ب) – والوقائع الاختيارية إما أعمال مادية او تصرفات شرعية .
 - ج) – والتصرفات الشرعية إما وحيدة الطرف ، او متعددة .
- والشرع من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذي يحدد الآثار التي تترتب على الوقائع والأعمال .

٥٢ – تطبيق هذا الترتيب على مصادر الالتزام بوجه عام :

ان الوقائع الطبيعية ، كالجوار والقرباة والمرض ونحوها ، يرتب عليها

الشرع التزامات معينة معلومة في اماكنها لاعتبارات ترجع الى العادة والتنظيم الاجتماعي .

لذلك يصح استناد تلك الالتزامات الى الشرع رأساً لتدخله المباشر فيها فيكون هو مصدرها .

أما الوقائع الاختيارية فان أحد قسميها هو التصرفات الشرعية وهذه - سواء منها وحيد الطرف كالوقف ، ومتعددة كالمقود المتنوعة - يعتبر مصدرها هو التصرف الشرعي نفسه ، وان الشرع هو الذي يأمر بالالتزامات التي تنشأ عنها اذ ان الشرع فيها مصدر غير مباشر ، والمصدر المباشر هو التصرف ذاته ^(١) .

والقسم الثاني من الوقائع الاختيارية ، وهو أعمال الانسان المادية ، نوعات :

(الاول) - أعمال ممنوعة تضر بالغير فتلزم بتعويض الضرر ، كالتعدي على النفس او المال . فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي الضار .

(الثاني) - أعمال مشروعة ^(٢) تصدر من واحد فيفتقر - ا - من حيث يستغني غيره دون سبب مبرر . فيلتزم من اغتنى من افقر سواء أن يرد إليه ما اغتني به على حسابه ، كمن أدى دين غيره بأمره ، أو اشترى شيئاً فتيين بعد ذلك أنه ملك الغير واستحق من يده ، أو دفع ديناً يظنه على نفسه ثم تبين أنه

(١) - وهو سبب الالتزام في نظر الفقه الاسلامي كما تقدم (ر : ٤٦) .

(٢) - يجب أن يلحظ الفرق في المعنى بين العمل الشرعي ، والعمل المشروع . فالشرعي هو ما يترب عليه حكم وأثر في نظر الشرع . فالوقائع ، حتي الطبيعية منها والأعمال الممنوعة كالجرائم ، تسمى شرعية بهذا الاعتبار . أما المشروع فهو ما يسيغ الشرع فعله ، ويقره .

كان يرثاً منه ، حيث يرجع على الأمر في المثال الاول ، وعلى البائع في المثال الثاني ، وعلى الدائن القايض في المثال الثالث .

فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي النافع . والمصدر غير المباشر في كل من التصرفات الشرعية والأفعال المادية هو الشرع .

فبذلك تنحصر مصادر الالتزامات في المحلة السابقة الذكر : العقد ، والأرادة المنفردة ، والعمل الضار ، والعمل النافع ، أو (الإثراء بلا سبب) ، والشرع .

وتطبيقها على ترتيب الوقائع المتقدم ظاهر :

- فالعقد ، والأرادة المنفردة يدخلان في التصرفات الشرعية .
- والعمل الضار ، والعمل النافع يدخلان في الأفعال المادية .
- وكل من الأعمال المادية ، والتصرفات الشرعية ، هي وقائع اختيارية .
- وتقابلها الوقائع الطبيعية التي تنسب مصدرية الالتزام فيها إلى الشرع^(١) .

(١) - وأما تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق كافة بجميع أنواعها ، لا الالتزامات خاصة ، فيمكن تلخيصه كما يلي :

أ - في الحقوق العينية : ان الأسباب المعروفة شرعاً وقانوناً في اكتساب الحقوق العينية من عقد معاوضة ، أو هبة ، أو ميراث ، أو وصية ، أو إحرار ، أو شفعة ، أو تصاق الخ... اذا ثبت بالترتيب المتقدم في الوقائع كان منها :

- وقائع طبيعية كاليراث والشفعة ،

- وأعمال مادية كالإحرار ،

=

الفرع الخامس

في التعريف بنظرية الالتزام العامة

وترتيبها

في الفقه الاجني

وموقف الفقه الاسلامي منها

٥٣ - عرفنا بما سبق أن الحقوق المالية أجمع تنقسم في الأصل الى نوعين أساسيين هما : الحق الشخصي ، والحق العيني . (يضاف اليهما نوع ثالث طارئ ، هو حق الابتكار) .

— ونصرفات شرعية وجيدة الطرف كالولاية ، أو متعددة الطرف كالبيع .

ب) - في حقوق الأسرة : ان بعض مصادر حقوق الأسرة وقائع طبيعية كما في النفقة والولاية . وبعضها مصدره أعمال مادية ، كتبوت النسب ، وكما أكد قيام المهر بالحلوة الزوجية بعد العقد . وبعضها مصدره تصرفات شرعية وجيدة الطرف كالحقوق الناشئة عن الطلاق ، أو متعددة الطرف كمقتد الزواج .

ج) - في الحقوق العامة : وكذلك الروابط التي ينظمها القانون العام : بعضها يرجع الى الوقائع الطبيعية ، كحق من توافرت فيه شروط

ورأينا مبنى التمييز بين الحق الشخصي والالتزام وبين الحق العيني . وهذا التمييز يرى علماء القانون أنه موجود في الفقه الروماني .
ان الفقه القانوني المنحدر عن الحقوق الرومانية في اوروبا اللاتينية وكذا التقنيات التي قامت على أساسه مستمدة من اصول رومانية ، كلها ترتب أحكامها القانونية ومباحثها على أساس التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . فهم يتخذون الحق نفسه أساساً لترتيب القانوني .

٥٤ - ومن ثم يقسمون القانون الى قسمين اساسيين :

(أ) - قسم اول يخص الحقوق الشخصية وللالتزامات التي تقابلها .
ويعرض في هذا القسم بترتيب خاص مايتعلق بهذه الحقوق الشخصية والالتزامات من مباحث وأحكام .

(ب) - وقسم ثان يخص الحقوق العينية ، يعرض فيه مايتعلق بها ايضاً من مباحث وأحكام .

وهذا القسم الثاني المتعلق بالحقوق العينية من الأحكام القانونية قد يسمى في الاصطلاح القانوني : نظرية الاموال ، باعتبار أن العنصر البارز المنظور اليه في الحق العيني انما هو محل هذا الحق وهو المال ، لعدم وجود شخص مكاف كما في الحق الشخصي .

= الانتخابات او التشريع .

- وبعضها يرجع لاعمال مادية ، كالحقوق والالتزامات التي تنشأ بين الدول في حالة الحرب .

- وبعضها يرجع الى تصرفات قانونية من جانب واحد ، كتنقل الموظف ، وعمل الهيئات التشريعية في سن القوانين .

- وبعضها ينشأ عن أعمال قانونية صادرة عن جانبيين ، كالعقد التي تبرمها الجهات الادارية مع الافراد .

يتضح من ذلك أن التمييز يبرز الحقين الشخصي والعيني في الفقه القانوني الاجنبي هو حجر الأساس الذي تقوم عليه الصياغة الفنية العامة لذلك الفقه كله . وهذا القريب في الصياغة هو الذي جرى عليه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد ، تبعاً لمصادرها الاجنبية المستند منها . فقد انتقلت الاحكام في كل من هذين القانونين الى قسمين كليين أساسيين كما سبقت الاشارة اليه :

— القسم الاول في الحقوق الشخصية والالتزامات .

— والقسم الثاني في الحقوق العينية .

٥٥ — ان القسم الأول من القانون وهو ما يتعلق بالحقوق الشخصية والالتزامات يتضمن جانبين كبيرين من الأحكام :

الجانب الاول — : تعالج فيه الأحكام العامة في الحقوق الشخصية والالتزامات ، وهي الأحكام التي تخضع لها جميع تلك الحقوق والالتزامات . ويؤلف هذا الجانب من الاحكام التشريعية ما يسمى في الاصطلاح القانوني . قواعد الالتزامات ، او الاحكام العامة في الالتزامات ، او الالتزامات بوجه عام ، (كما سماها قانوننا وأصله المصري الجديد) او : نظرية الالتزام العامة . وهذا هو الاسم المشهور لهذه المجموعة من الأحكام العامة في لسان علماء القانون .

وفي هذه القسمية — كما نرى — تغليب لجانب الالتزام على جانب الحق ، حيث قيل : « نظرية الالتزام » ولم يسوها : « نظرية الحق الشخصي » ، لأن الالتزام هو المنظور اليه في الدرجة الأولى ، إذ ان العنصر البارز في الحق الشخصي هو المكلف الملزم به . فان المقصود الأصلي من سن القوانين إنما هو تعيين المسؤول في التصرفات والوقائع وتحديد مسؤوليته .

واذا كان التشريع قوة مجبرة فمحل الاجبار هو الملزم .

فبناء على ذلك ، اذا قيل : « نظرية الالتزامات » فهي في الوقت نفسه

« نظرية الحقوق الشخصية » ايضاً .

والجانب الثاني - : تعرض فيه العقود المساءة من بيع وهبة الخ ...
عقدأ فعدأ بترتيب خاص، وتذكر فيه الأحكام القانونية التي ينظمها القانون
لكل عقد منها ، وذلك لأن الحقوق والالتزامات القانونية التي يولدها كل عقد
من هذه العقود تطوي على :

أ - أحكام تنشئ مع القواعد العامة المقررة في الجانب الاول المتقدم
الذكر ، فتكون بمثابة تطبيق لها وتذكير بها .

ب (- وأحكام استثنائية من تلك القواعد تخرج عنها لأسباب وعلل تلحظ
في طبيعة كل عقد ، او في مقتضيات التعامل والتوجيه التشريعي فيه .

هذا ويتضح من ذلك أن نظرية الالتزام العامة ، وهي من مرة ذلك
التمييز بين الحقين الشخصي والعيني ، تؤلف مع العقود المساءة شطر القانون وهو
الشرط الأم .

وتأتي هذه العقود المساءة برزخاً حاجزاً بين نظرية الالتزام العامة
ونظرية الاموال (الحقوق العينية) لأن العقود تولد كلا النوعين من الحقوق :
الشخصية والعينية .

٥٦ - ترتيب نظرية الالتزام العامة في لاقه القانوني :

ثم ان الجانب الاول الآتف الذكر (اي الاحكام العامة المتعلقة بالحق
الشخصي والالتزام) المسمى بالنظرية العامة للالتزامات ينشطر البحث فيه كله
الى شطرين اساسيين :

(الشطر الاول) : يبحث فيه عن مصادر الالتزام الحسة المولدة له في
نظر القانون وفقهه .

وهي : العقد ، والأرادة المنفردة ، والنقل للضار والاثراء بلا سبب ،
والقانون .

(والخطر الثاني) : يبحث فيه عن الاحوال التي تعترى الحقوق الشخصية
والالتزامات بعد تولدها ونشوتها .

٥٧ - وهذا الشطر الثاني من الأحكام العامة يسمى في اصطلاح علماء
القانون : أحكام الالتزام في ذاته ، أي أحوال الالتزام مجرداً ، بقطع النظر
عن مصادره المولدة له . لأنه تبحث فيه الأحوال التي تعترى كل التزام مهما
كان مصدره ، بينما أن الشطر الأول من تلك الأحكام العامة وهو المتعلق
بمصادر الالتزام تبحث في كل مصدر من الأحكام العامة الناشئة عن ذلك المصدر
دون المصادر الاخرى ، كأحكام المسؤولية العقدية ، والمسؤولية التصيرية .

- فالأولى (المسؤولية العقدية) ترسم حدوداً تطبق على الالتزامات
التعاقدية ؛ أي الناشئة عن عقد بين طرفي الالتزام ، وهذه يبحث عنها في نظوية
العقد ، أي أحكامه العامة .

- أما الثانية (المسؤولية التصيرية) فتترسم حدوداً تطبق على
الالتزامات الناشئة عن كل فعل ضار ولو لم يكن بين صاحب الحق والملتزم
عقد ما . وهذه المسؤولية يبحث عنها في نظوية الفعل الضار .

لذلك وزعت الاحكام العامة في الترتيب كما يلي :

أولاً) - ما يتعلق بمصادر الالتزام من أحكام .

ثانياً) ما يتعلق بالأحوال التي تعترى كل التزام بعد تولده ، مهما كانت
مصدره ، وهو أحكام الالتزام في ذاته .

٥٨ - وأحوال الالتزام هذه ، أو أحكامه في ذاته هي :

(١) - آثار الالتزام . ويبحث فيها عن تنفيذه وأنواع هذا التنفيذ

(التنفيذ عينا أو بطريق التمويض) ووسائله القانونية .

(٢) - الاوصاف المدلة لآثار الالتزام ويبحث فيما عن :

(أ) - الشروط التعاقدية التي اذا اشترطها طرفا الالتزام انحرفت بذلك الالتزام عن حكمه الاصلي الذي كان يثبت له لولا ذلك الاشتراط .
(ب) - الأجل الذي للالتزام فيؤثر فيه نظير تأثير الشرط .

(٣) - انتقال الالتزام . ويبحث فيه حوالة الحق للشخصي (أي تبدل الدائن دون الدين) وحوالة الدين (أي تبدل الدين دون الدائن) .

(٤) - اثبات الالتزام . ويبحث فيه عن البيانات من وثائق خطية ، وشهادات ، وعن الاقرار ، واليمين ، والقرائن ، وسائر وسائل اثبات الحق .

(٥) - القضاء للالتزام . ويبحث فيه عن الحالات التي تسقط فيها بالالتزامات المدنية عن الملتزم المكلف بها : اما بوقاؤها عينا او بما يقوم مقامه واما دون وفاء كما في حالتي البراء والتقادم .

هذا ترتيب نظرية الالتزام العامة في تطورها الذي انتهت اليه ، ومبناها الذي تقوم عليه صياغتها الفنية الأخيرة وصياغة الفقه القانوني الذي قام حولها . وهو الترتيب الذي اتبعه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد .

٥٩ - مزايا وعيوب ترتيب نظرية الالتزام العامة :

ان ترتيب نظرية الالتزامات هذا هو ترتيب له مزايا وفيه عيوب كشفت عنها الانظار القانونية الحديثة التي تنبج الى ترتيب آخر ظهرت طلائمه في القانون المدني الالمانى .

(أ) مزايا هذا الترتيب :

فاما مزايا هذا الترتيب فيما فهو أنه جعل منها وحدة نظرية جامعة كشجرة تنظم جميع فروع الاحكام العامة متفرعة من جذع واحد ، هو الحق

المالي ، فأحد فرعيه ، وهو الحق الشخصي ، تتشعب مباحثه من مصادره الى أحواله فتكون منها مجموعة نظريات جزئية وقواعد وأحكام مترابطة تؤلف نظاماً قانونياً متكافئاً الأجزاء ، يتابع الحق والالتزام من ولادتهما الى وفائهما ويتجلى فيه جمال الصياغة الفنية ، والاحاطة والتسلسل ، بالصورة التي سبقت وصفها وشرحها . ولذا استحق هذا النظام اسم : **النظرية العامة** .

ب) - عيوب هذا الترتيب :

على أن جمال هذا المظهر الفني في ترتيب النظرية العامة للالتزامات قد يندأ تظهر فيه عيوب كثيرة لدى النظر والتأمل بمقاييس منطقية جديدة ، أصبح بها ترتيب هذه النظرية عرضة لتيار انتقادات قوية منذ أن ظهر الاتجاه الحديث في الترتيب القانوني الذي اعتنقه واضع القانون الألماني ، وهو صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب جديد ينطلق من النظر الى المصدر المولد للحق والالتزام لامن النظر الى احوالهما ، ويرد هذا المصدر الى قسمين أساسيين هما : **التصرف القانوني ، والواقعة القانونية** .

وقد أبدى في هذا الاتجاه فريق من علماء القانون الفرنسيين كالاستاذ سالي وتلاميذه . وبذلك أصبح نجم نظرية الالتزامات مهدداً بالأفول ليحل محلها نظرية عامة تقوم على ترتيب آخر أكثر منطقية وانسجاماً منها ^(١) .

٦٠ - والذي نراه في هذا المقام أن نظرية الالتزام العامة تقوم على

(١) - قد أوفى هذه الانتقادات حقها من البحث وأوضحها الاحتاذ الدكتور محمود أبو العافية في كتابه القيم الذي عنوانه : **التصرف القانوني المهدود** ، وبين أن نظرية الالتزامات أصبحت تحمل جميع جرائم القضاء ، بما يحكم معه أنها لا يؤمل لها طول البقاء ، فلينظر ذلك فيه . وهو رسالة دكتوراه قالت الامتياز من جامعة القاهرة .

أساس من الترتيب غير سديد وغم ما فيها من جمال المظهر الفني في الصياغة .
ونقطة الانطلاق في خطأ ترتيبها فيما نرى هو أنها تتخذ الحق والالتزام
أساساً للبحث والتفريع والترتيب مع أنها ، أي الحق والالتزام ، أثر لصادورها
المولدة لها ، ويأتي فرع البحث عن المصدر (وهو المنشئ المؤثر) كفرع في
مباحث الحق والالتزام . وهذا خلاف ما يقتضيه الواقع الطبيعي ، فإن المصدر
يوجد أولاً فيستلزم وجود الحق والالتزام اللذين يأتيان نتيجة مطاوعة في نظر
القانون .

فن الواجب أن يتخذ المصدر ، لا الأثر ، أساساً للبحث والتفريع
والترتيب ، وتبنى النظرية العامة عليه ، وتأني الحقوق والالتزامات كسرات
ونائج لأحوال المصدر ، بعكس ترتيب نظرية الالتزامات التقليدية تماماً .

٦٩ - وقد كان من نتائج ذلك الترتيب التقليدي المعكوس في نظرية
الالتزامات أن مباحث هامة هي من مصادر الالتزام بمقتضى طبيعتها ، ولكنها
تذكر في أحواله جرباً مع الترتيب التقليدي :

(أ) - من ذلك مثلاً أن حوالة الحق والدين تذكران في بحث انتقال
الالتزام على أنها حالة من أحواله ، بينما هذه الحوالة إنما تم بعقد ، والعقد من
المصادر . وبذلك اختلط بحث المصدر بالأحوال .

(ب) - ومثل ذلك يقال في بحث الشرط والأجل ، فإنهما من أحوال
العقد لا يتحققان إلا فيه ، ولكنها وغم ذلك يذكران في أحوال الالتزام .

(ج) - وكذلك عقد الرهن مثلاً فإنه لا يذكر مع العقود المسماة التي
تعقب مباحث النظرية العامة بحجة أنه ينشئ حقاً عينياً تبعاً هو حق احتباس
المال المرهون . ولذا يذكرونه في الحقوق العينية ، مع أن عقد البيع ينشئ

الملكية المشتري وهي (أي الملكية) رأس الحقوق العينية وأهمها وأهمها ،
ورغم ذلك يذكرونه في العقود المسماة .

(د) - ثم إن كثيراً من المباحث التي تبعت في قسم الالتزامات والحقوق
الشخصية هي مباحث مشتركة بين الحق الشخصي والعيني كنظرية العقد ، فإن
العقد ينشئ الحق العيني كما ينشئ الحق الشخصي . وهذا مبعث اضطراب في
كيان نظرية الالتزامات .

٦٢ - فلهذه الاعتبارات ايضاً نرى من الصواب اتجاها واضعي القانون
الالائي الى صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب آخر لا يقوم على اتخاذ التمييز
بين الحق الشخصي والحق العيني اساساً لبناء النظرية (كما يقوم عليه بناء نظرية
الالتزامات) ، بل يتخذ مصدر الالتزام اساساً لبناء النظرية العامة ، ويقسم
هذا المصدر الى قسمين أساسيين :

- التصرف القانوني ، وهو تصرف الارادات ، أي العقد ، والارادة
المنفردة .

- والواقعة القانونية ، وهي الحادثة .

٦٣ - وهذا الاتجاه الجديد في الصياغة القانونية ، وهو الاتجاه الذي
الذي توقع له السيادة محل نظرية الالتزامات ، يقترب الى حد كبير من اسلوب
الفقه الاسلامي الذي يبيّن صياغته كذلك من اساس مصدر الالتزام .

ولكن الفقه الاسلامي يحتاج في هذا الطريق الى أن يجمع أجزاء النظرية
العامة المتفرقة في تحليل جزئيات الأحكام فيه ، ويصاغ منها قسم من الأحكام
العامة للتصرفات والوقائع قبل عرض العقود المسماة . وعندئذ يلقى الفقه
الاسلامي في صياغته مع احدث الاتجاهات القانونية الجديدة .

٦٤ - والفقه المدني الاجنبي القائم على اسس نظرية الالتزامات العامة

فيه لما تتجلى آفاقه والآراء الحقوقية لفقهاء في تلك النظريات الفرعية النابتة على جذع هذا الميكل الاجمالي لنظرية العامة ، والمتعلقة بتقرير كل نوع من أنواع الحقوق والالتزامات في موضعه المناسب من تلك النظرية العامة ، كتحديد أركان العقود وشروطها العامة وآثار العقد وانحلاله ، وحدود المسؤولية العقدية ونظرية تأثير الظروف الطارئة في تعديل العقود والالتزامات وانقضاءها ، وكذلك النظريات المختلفة في فروع المسؤوليات المدنية المتفرعة عن نظرية الفعل الضار مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ، ومسؤولية عدم التمييز وحدود الضمان الناجم عن تقصير على أفعال القاصرين ، وكالمباحث الخاصة بعد ذلك في العقود المسماة وأحكامها بما يتعلق بكل عقد على حدة ، من بيع أو اجارة أو هبة أو اعادة أو غيرها ، الى آخر ما هنالك من مباحث عامة وخاصة ، ومن نظريات أساسية وفرعية متشعبة النواحي ، يتكون من مجموعها الفقه المدني اليوم في بلاد الغرب موزعاً على نواحي الميكل العام لنظرية الالتزامات ، كما يكسب الميكل المظمي الانساني لحماً وعصباً وعروفاً وربائط فيكون بشراً سوياً قائماً بوظائفه الحيوية مسدداً لها

٦٥ - موقف الفقه الاسلامي تجاه نظرية الالتزام الاجنبية :

ان فقهاء الاسلامي يتفق مع نظرية الالتزامات الاجنبية في كثير من الاسس ، وبخلافها في بعض المبادئ القانونية والنظريات الفرعية بمبادئ ونظريات أخرى ، او بقيود يلقها عليها .
فصادر الالتزام الحجة العامة التي اسلفنا بيانها كلها من حيث الاساس معتبرة في الفقه الاسلامي .

(أ) - فنظرية العقد قد بنيت عليها أحكام كلية وفرعية في العقود المختلفة الانواع في الفقه الشرعي ، مما تقدم تفصيله في نظرية العقد وفي الجزء الأول (المدخل الفقهي العام) .

(ب) - ونظرية الارادة المنفردة بنيت عليها في الفقه الاسلامي جميع التصرفات التي لا يوجد فيها حق لتغير المتصرف ، كالوقف والوصية والطلاق والاعتاق والايراء والكفالة الخ . . .

(ج) ونظرية الفعل الضار بفروعهما الواسعة تعد جزءاً أمن نظرية الضمانات بالتعدي او الاتلاف او التسبب في الفقه الاسلامي .

(د) - ونظرية الاثراء بلا سبب قد بنيت عليها في الفقه الاسلامي مسائل كثيرة من امور الضمان ، وحق الرجوع :

فن ذلك حق الملتقط في ان يرجع على صاحب اللقطة بما أنفقه عليها من نفقة باذن الحاكم قبل ظهور صاحبها .

وكذا حق الشريك في الرجوع على شريكه بحصته بما أنفقه من النفقة الضرورية على العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة .

وكذلك حكم المستعار ، (وهو الشيء الذي يستعيره شخص من آخر لا يستعمله ، بل ليؤنه باذن المعير لدى ثالث في مقابل قرض ، ويكون ذلك غالباً بين الاصدقاء او الاقارب او الأزواج) .

فلو تلف الرهن المستعار في يد الدائن المرتهن ، او اذا ادى المالك المعير لتغير الرهن ما على المستعير الراهن من دين لـيستطيع فكاًك ماله المعار المرهون ، فان المعير في الحالتين يرجع على الراهن المستعير بما أدى عنه في حالة التأديبة ، وبما سقط عنه من الدين في حالة تلف المرهون ، لأن هذا الراهن قد أثرى على حساب معيره بلا سبب مسوغ^(١) .

(١) من المقرر أن للمال المرهون في يد المرتهن مضمون عليه بمقدار ما يعادل الدين المرهون فيه . وما زاد من قيمة المرهون عن الدين يكون أمانة محسوبة في يد الدائن المرتهن لا يضمن الا بتعدي المرتهن عليه أو تقصيره في حفظه =

ولا يعتبر فقهاؤنا المعبر المرهن متبرعاً بما يدفعه الى المرتهن عن ذمة المستعير
الراهن بلأذنه - وان كانت القاعدة الفقهية « أن من دفع ديناً عن غيره بلا
أمره يعتبر متبرعاً عنه لا يرجع بما دفع » - لأن المعبر هنا مضطر الى اداء الدين
عن الراهن لتخليص عاربه المرهونة .

ومثل ذلك ما صرح به الفقهاء من أنه لو اشترى شخصان شيئاً فقتاب
احدهما فان للحاضر أن يدفع كل الثمن ويتسلم المبيع ، ولا يكون متبرعاً
بما أدى عن ذمة شريكه من الثمن ، لأنه مضطر الى الدفع لئتمكن من قبض
المبيع والاتقاع بنصيبه منه ، فيجس المبيع عن شريكه حتى يدفع اليه
نصيبه من الثمن .

== وصيانه .

وعليه فهلاك المرهون في يد المرتهن ولو بلا تعد أو تقصير منه يسقط الدين
الا ما زاد منه عن قيمة المرهون . فإذا كان المرهون ليس ملكاً للراهن بل
مستعاراً للمرهن يكون المستعير المدين قد أثرى بسقوط دينه الذي سقط بتلف
مال المعبر . اي انه أثرى اثرأ متولدا مباشرة من تلف مال غيره . فيضمن
لذلك الغير مقدار ما سقط عنه من دينه . وان كانت العارية في الاصل امانة
غير مضمونة بالهلاك . وهذا الحكم في الرهن المستعار الذي ينص عليه الفقهاء في
كتاب الرهن والعارية وذكرته المجلة في المادة /٧٣٢/ منها هو من أوضح
النصوص وادلها على اعتبار فقهاءنا ان الاتراء على حساب الغير بلا سبب
مشروع يعد من موجبات الالتزام والضمان ، حيث تغير به حكم العارية من
أمانة الى ضمان .

وانظر ما تقدم في الجزء الاول من « المدخل الفقهي العام » (ف / ٨٠ /
الحاشية ٣) .

(الدور : ج ٢ ص ١٧٩ / اليعوق فصل مسائل شتى) .
فلو اعتبر الحاضر الدافع متبرعاً لكان الثأب متبرعاً على حساب غيره بلا
سبب موجب ، وهو ممنوع .

نعم ان الفقه الشرعي يقيد حق رجوع المفتقر على المثرى بأن لا يكون
المفتقر فضولياً في عمله ، بل يشترط ان يكون :

(١) - اما مضطراً الى الاداء عن المثرى ، كحاجة صاحب الرهن المستأجر
الى فكاكه ، وحاجة الشريك الى الاتفاق على المقار المشترك غير القابل للقسمة
صيانة لماله عند امتناع شريكه عن النفقة الضرورية .

(٢) - واما ثأباً عن المثرى في الاداء او مأموراً من قبله ، كالشخص
الذي يكلفه آخر بالاتفاق على ماله أو على عياله أو بوفاء دينه .

(٣) - واما أن يكون عرف الناس يسوغ له ان ينفق ما انفق عن
غيره بلا اذنه في حالات معينة ، فيكون مأذوناً عرفاً ^(١) .

ففي هذه الاحوال فقط - أي حال الاضطراب او الوكالة والامر - يستطيع
المفتقر أن يرجع على المثرى ، والا عد في نظر فقهاءنا متبرعاً لا رجوع له
وان أترى الآن على حسابيه ، كي لا يتدخل بعض الناس في شؤون
بعضهم فضلاً .

(٤) - واما الايجاب القانوني ، وهو المصدر الخامس الاخير للوجائب
والحقوق في نظرية الالتزامات ، فقد بنيت على اساسه في الفقه الاسلامي جميع
التكاليف المدنية التي يوجبها الشرع من نفسه بأوامره مباشرة ، كتفقات
الأقارب والزوجة ، والمشر والحواجر ، وغير ذلك مما هو كثير .

وهذا كله لا يتنافى باختلاف الانظار التشريعية في شروط تلك النظريات ،

(١) - كرفيق توفي في الطريق فأنفق رفاقه عليه لتجهيزه ودفنه وجمع أمواله .

وفي التطبيقات العملية لما على أنواع المسائل والحوادث . فالعقد الذي يعتبر مستوفى الشرائط في محله أو صحت في الفقه الأجنبي قد يعد ناقصاً في الفقه الاسلامي ، كبيع الخمر والخنزير ، وكعقد الربا . فالربا يعتبر إثمًا بلا سبب مشروع في نظر الشرع الاسلامي ، ويعد إثمًا بسبب مشروع في نظرية الالتزامات الأجنبية . واختلاف الحدود التطبيقية لنظريات لايتاني وجود النظرية واعتبارها في أصلها ^(١) .

(١) - من أمثلة هذا الاختلاف أيضاً بين الفقه الاسلامي والفقه الأجنبي في حدود بعض النظريات الفرعية المتفق على أصلها ، وفي قيودها الاستثنائية ، حدود تبعة هلاك الأشياء :

فنن المقرر في القانون الفرنسي - تبعاً للقانون الروماني - « أن الشيء يهلك على مالكه » في الالتزام بتسليم شيء معين بالذات . ويتفرع عن ذلك أن المبيع اذا هلك في يد بائعه قضاء وقدرًا قبل تسليمه الى المشتري يتحمل المشتري تبعة هلاكه ، لأنه بالشراء اصبح هو مالكه ، فهلاكه يكون على حسابه .

أما في الفقه الاسلامي فهذه القاعدة مسلم بها لكن لا بصورة مطلقة ، بل مقيدة .

فمالك الشيء يتحمل هو تبعة هلاكه ما لم يكن غير المالك أولى بهذا التحصيل لسبب ما . بدليل أن المال المقصوب يتحمل تبعة هلاكه غاصبه لا مالكه ولو كان هلاكه عند الغاصب قضاء وقدرًا دون تصوير في حفظه ، بمقتضى قول الرسول عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (ر : ج ١ ف / ٤٧ طبعة هـ)

وعلى هذا ، فبأن البائع ملزم بتسليم المبيع بمقتضى عقد البيع ، يكون =

٦٦ - والواقع أن الفقه الاسلامي أغزر وأخصب جداً من كل فقه قانوني آخر بالنظريات القانونية والأحكام في شتى الشعب الحقوقية .

فقد جاء في أصوله وفروعه بما يمد جميع نواحي نظرية الالتزام العامة الأجنبية ويملأ شعبها ويغيض عنها كثيراً ، بكثرة ما فيه من المبادئ الحقوقية المستوعبة التي يتكون منها جسم الكيان الحقوقي المدني الذي غتله نظريات الالتزام العامة ، وإن لم يرتب ترتيبها ولم ييؤب تبويبها .

حتى قال العلماء الراسخون : لا يمكن أن تقع حادثة ما لا يكون لها حكم في فقه الشريعة الاسلامية إيجاباً أو سلباً .

ومذه كتب الفتاوى التي تكاد لا تحصى كثرة ، والتي غتل الناحية التطبيقية من الفقه الاسلامي ، قد تكفلت بالاجابة عن حكم كل ما حدث وسئل عنه .

وقد رأينا أن معنى نظرية الالتزام العامة إنما هو القواعد والاسس التي أقرها التشريع في بناء الاحكام الجزئية عليها مرتبة ومصوغة بأسلوب فني مخصوص . فقواعد كل تشريع هي نظريته العامة في أحكامه القانونية ، وإن اختلف تشريع عن تشريع في بعض الأسس نفسها ، أو حدودها وفروعها أو ترتيبها وصياغتها ، ولا يخرج عن ذلك إلا ما يكون من تشريع كيفي استبدادي لا يبنى على قاعدة ولا يتبع فيه مبدأ .

فالفقه الاسلامي يقوم على أساس نظرية عامة متأسكة الاجزاء بهذا المعنى ويتجلى في كل مذهب من مذاهبه الانسجام التام في تطبيقات قواعده في شتى المسائل والفصول .

— هو أولى بتحليل تبعة هلاكه عنده الى أن يفرغ ذمته من هذا الالتزام بتسليم المبيع الى مشتريه تسليماً حقيقياً أو اعتبارياً .

٦٧ - ومواطن الاتفاق بين تشريعين ليس معناها دائماً أن المستأخر قد استند أو اقتبس نظريته من المتقدم ، بل كثيراً ما يكون الاتفاق نتيجة توارد النظر التشريعي واتفاقه في تقدير المصالح ، ولا سيما في مبادئ الحق وقواعد العدل العامة التي لا مجال لاختلاف التفكير في أساسها ، وإن اختلف في المناهج المحقة لها أو في جزئيات الأمور التي تأتي في طريقها ، أو في صياغة تلك الأسس والقواعد .

والشرائع الإلهية كالشرع الاسلامي ، انما جاءت بالأحكام المدنية لتنظيم مصالح البشر أنفسهم وصيانة حقوقهم بينهم بحسب الحاجة ولم تأت في هذا بما يعتاص على أفهامهم ، ويعتمد عن الصلة بمصالحهم وضرورتهم الحيوية التي يفكرون فيها (ر : الموافقات للامام الشاطبي ج ١ ص ٣٠٥ وما بعدها ، طبعة المطبعة الرحمانية) .

ولذا نجد كثيراً من التوافق بين أحكام الشرع الإلهي وما استقر عليه التفكير الشديد بين الناس .

ولا بأس هنا أن نعيد الى الذاكرة كلمة ابن قيم الجوزية في كتابيه « اعلام الموقعين » و « الطرق الحكيمة » اذ يقول :

« إن الله أوصل وسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الارض والسموات . فاذا ظهرت آمارات العدل ، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه » .

وقد أفر الإسلام طائفة من الحقوق والقواعد والأحكام التي كانت عليها العرب في جاهليتها وإن كان قد أتى فيها بقيود وتنظيم تجلي فيه النظام التشريعي وقضى على اضطراب العمل والتطبيق .

فمن الطبيعي ان نجد كثيراً من التوافق في الفكرة بين القواعد والأحكام

التي أقرها الاجتهاد الاسلامي في شتى نواحي الحقوق ، وبين مانجد في الشرائع
الوضعية لاخرى وقوانينها بما هو غرة التفكير السديد ، والتصور الرشيد ،
والتمييز الصحيح ؛ كما رأينا في الأمتة التي أوردناها آنفاً من فقهنا في التمييز
بين الحق العيني والحق الشخصي في الخصائص والأحكام .

وقد قال الاستاذ العلامة السهوري في هذا العدد مانصه :

« ولقد لفت نظرنا ان هناك بعض نظريات اساسية نرى فيها
الشريعة الاسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن القانون
الروماني والقوانين التي اشتكت منه ... ولا تختلف شريعة
عن اخرى فيما يتصل بجوهر الفكرة ^(١) فان هذا الجوهر واحد
في كل القوانين وقد يرجع ذلك الى شيء من الوحدة في
التفكير البشري ، وشيء من القائل في للنظم والحضارة
الانسانية . وانما تختلف الشرائع باختلاف الصياغة الفنية التي
تخصص بها كل شريعة تكون مستقلة في غالبها وتطورها .
فتقسم الحقوق الى عينية وشخصية انما هو ضرب من الصياغة
الفنية تستعين به الشرائع على تقرير المبادئ القانونية . وفي
هذا يظهر الفرق بين قانون وقانون . » ا

(نظرية العقد ص / ٦)

(١) - هذا غير مسلم به ، فان حق الدائن في قتل المدين المدم في الشرع
الروماني مثلاً لا يتفق في جوهر الفكرة التشريعية مع ما جاءت به الشريعة
الاسلامية من وجوب انظار المسر الذي أعلنه القرآن العظيم بقوله : « وإن كان
ذو عسرة فتظروا الى ميسرة » . وكذا مبدأ الشكليات والمراسم في العقود
عند الرومانيين بالنسبة الى مبدأ الرضاية المطلقة في عقد العقود في الشريعة الاسلامية
الى غير ذلك من الاختلافات الجوهرية التي توجد بين الشرائع .

٦٨ - هذا وإن الاختلاف بين فقه الشريعة الإسلامية ونظرية الالتزامات العامة بشكلها اليوم في التشريع الوضعي الحديث إنما هو في الصياغة والشكل ، وفي بعض النظريات الفرعية والأحكام الجزئية أكثر منه في الجوهر والأصل .

فنظرية الالتزامات قد انشأ فيها البحث مبتدئاً من فكرة الحق والالتزام ، إلى مصدر وترتيب مصادره للمولدة له ، وهي تصرفات الإنسان المختلفة من قولية وفعلية وما حولها من أحكام عامة ، ثم إلى الأحوال المختلفة التي تعديت تلك الحقوق والالتزامات وما يترتب عليها .

وتلك الأحكام القانونية مرتبة كل منها في نطاق المصدر أو الحالة المتفرع منها . وبذلك تجلت في أسلوب نظرية الالتزام المباحث الكلية أكثر من الجزئية ، وكان في نظرياتها المتفرعة تجرد وعموم نشأ عن طريقة تقرير وترتيب المبادئ العامة والانتقال منها إلى فروع الأحكام .

أما تدوين الفقه الإسلامي وترتيبه فقد سار بعكس هذا الاتجاه كما سلفت الإشارة إليه ، إذ عالج أولاً تصرفات الإنسان الجزئية المولدة للحقوق والالتزامات ، وبحث مباشرة في فروع تلك التصرفات قولية وفعلية ، من بيع وأجارة ووهن وشركة وغصب وإتلاف الخ وفصل الأحكام على الحوادث بهذا الأسلوب

والترتيب ، ونثر المبادئ العامة والعلل خلال بحث جزئيات الاحكام (١).



(١) - الذي نراه في تحليل اختيار هذا الاسلوب الفرعي في تدوين الفقه الاسلامي : ان الفقه اتما بدأ تدوينه بجميع الحوادث التي نقلت فيها افضية الرسول ﷺ وفتاواه ، ثم ما كان من ذلك عن الصحابة الكرام . وكانت طريقة رجال الحديث في هذا الجمع أن يعتقدوا أبرأياً للتصرفات والافعال كالبيع = والهبة والاجارة والشركة والغصب والإكراه النع ... فينضعوا كل حادثة منقولة في بابها الخاص .

ثم ابتدأ تدوين الاجتهادات عن طريق الفتيا ، اي تسجيل رأي المجتهد فيما يسأل عنه .

ولما جاءت الطبقات التي دونت الفقه على اساس علمي مستقل وجدت هذا الاسلوب الفرعي أمراً واقعاً فبررت عليه .

الباب الثاني

في الاموال

الفصل الأول

حقيقة المال

بالنظرين الفقهي والقانوني

الفرع الأول

أ - المال بالنظر الفقهي

تعريف المال ونقده - عناصر المالية -
التمويل الصحيح - نتيجة اعتبار المالية .

٦٩ - تعريف المال :

عرف فقهاؤنا المال بأنه :

« ما يميل اليه طبع الانسان ، ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة »

(رد المحتار أوائل البيوع)

ومنهم من عرفه بأنه :

« ما يميل اليه الطبع ، ويمرر فيه البذل والمنع » (الدر المختار ،

والدر شرح الغرو أوائل البيع الفاسد) .

وقد جرت المجلة في المادة / ١٣٦ / على التعريف الاول .

والتحديد بإمكان الادخار هو لإخراج المنفعة لأنها عند فقهاء الحنفية من

لغير الملك لا المال كما سيأتي :

وقد فرقوا بين المال والملك ، اي الشيء المملوك ، تفريقاً يستند الى :

- ان الملك هو ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص فيشمل المنفعة

- والمال هو ما من شأنه ان يدخر للانتفاع وقت الحاجة .

(التلويح بحث القضاء والاداء) .

٧ - نقد هذه التعاريف :

وفي رأينا ان كلا التعريفين للمال غير قويم لأسباب نذكر منها مايلي :

(١) - ان طباع الناس يختلف في ميلها وتناقض ، فلا تصلح ان تكون

اماساً ومقياساً لتمييز المال من غير المال . واذا قيل ان المراد هو الطبع السليم

العام ، فان هذا ليس له حد ايضاً .

(١) - ان من المال انواعاً لا يمكن ادخارها كالحضرات والثمار

الطازجة ، مع انها اموال هامة بين الناس ، كما ان من الاموال ما ليس يميل

اليه الطبع بل يعافه كالأدوية الكريهة ، وهي اموال ثمينة لا يشملها التعريف ،

إلا أن يراد بالميل ميل الإرادة لا الطبع حتى يشمل الحرص والتقدير
للفائدة ما .

وعلى كل ترى أن لفظ « الميل » أننا يصلح أن يذكر في مقام بيان
الإشتقاق القوي لفظ المال لا لبيان مفهوم فقهي مضبوط .

(٣) - أن المباحات الطبيعية جميعاً قبل احرازها قد عدوها أموالاً في
ذاتها كالسك في الماء ، والطير في الهواء ، والوحش في البراري ، والشجر في
الغابات الخ ... وعدم ملكيتها لا ينافي ماليتها .

ومن هذه المباحات ما لا يمكن ادخاره إلى وقت الحاجة لعدم القدرة عليه
قبل الإحراز ، كالصيد بأنواعه ، ولا يجري فيه أيضاً البذل والمنع لأنها إنما
يكونان بعد الإحراز والمالك .

(٤) - أن الثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل صلاحها ونضجها
لا يميل الطبع إليها وهي في هذا الطور ، ولا يمكن ادخارها إلى وقت الحاجة
لأنها لا يحتاج إليها هذه الصفة ، ولو قطعت وادخرت كانت عديمة الفائدة فلا
يشملها التعريف المذكور مع أنها أموال يتغالى بقيمتها في هذه الحال باعتبار
المال ويصح يسميها (م / ٢٠٦) .
فهذه التعاريف غامضة غير واضحة ، ولا جامعة .

٧١ - والتعريف الصحيح يمكن أن يستنبط من مجموع ما ذكره
اللفهاء عن المال وخصائصه في مختلف المناسبات . فقد قالوا :

(١) - أن المال اسم لغير الآدمي ، مما خلق لمصالح الآدمي وامكن
احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار (البحر الرائق عن الحاوي للقسبي) .

(٢) - أن المالة تثبت بتناول الناس كافة أو بعضهم (رد المحتار في
أوائل البيوع) .

(٣) - ما ليس يعد مالا بين الناس فينبه باطل (المجلة / ٢١٠)
(٤) - ان المال ، كما صرح به أهل الأصول ، هو ما يتمول ، أي يدخر
للحاجة . وهو خاص بالاعيان ، فخرج به تملك المنافع (١) (رد المختار في
أول كتاب الزكاة عند تعريفها) .

(٥) - ان مالا يتموله الناس لا يكون مالا وان كان مباحاً ، كالخبة
الواحدة من القمح (رد المختار أيضاً) .

(٦) - ان المال يجب أن يكون ذا وجود خارجي ، فلا يشمل المنافع
لعدم امكان ذلك فيما (رد المختار مع بعض ايضاح ، أول البيع الفاسد) .
فمن هذه النصوص الفقهية يتبين أن فقهاء المذهب الحنفي يوجبون في المال
أن يكون شيئاً مادياً .

فكما يخرجون المنافع من معنى المالية ، يخرجون أيضاً الحقوق المحضة
كحق التعلي ، وحق الاخذ بالشفعة ، وحق المرور ، والشرب ، والمسيل .

(١) - على ان الفقهاء قد يفسرون المال بما يشمل المنفعة في بعض المواطن ،
فقد جاء في بيان شرائط الوصي به من « البدائع » ج ٧ ص / ٣٥٢ / مانصه :
« منها ان يكون مالا . . . وان يكون مالا متقوماً . . .
سواء أكان المال عيناً او منفعة عند العلماء كافة » .

وقال أيضاً في أول فصل بيان حكم الوصية ص / ٣٨٥ / مانصه :
« اما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصي
له والمال قد يكون عيناً وقد يكون منفعة » .

ومرجع هذا في الحقيقة الى ما صرح في البدائع في بحث الوصي به :
« ان الوصية ايجاب الملك ، وعمل الملك هو المال » فيطلقون المال في
الوصية على ما يشمل المنافع ،

حتى إنهم لا يعتبرون الديون في الذمم أموالاً لأنها مدامت في الذمم
فهي أوصاف شاذة لها ، ولا يتصور قبضها حقيقة وإنما يقبض ما يعادلهما .
فاذا وفيت الديون كان المقبوض مالاً لصاحبه ، ولذا لا يوجبون الزكاة في الديون
قبل قبضها .

وإذا حلف إنسان أنه لا مال له ، ولم يكن له إلا ديون ، لا يعتبر حائثاً
في يمينه سواء أكان مدينه مقلساً أو غنياً مليئاً (ر : الدر المختار كتاب
الأيمان ٣ / ١٣٨) .

٧٢ - عناصر المالية :

يستخلص مما تقدم أن المالية في نظر الفقهاء ترتكز على أساسين ، وتقوم
بعضرين هامين هما : العينية ، والعرف .

— والعينية يراد بها أن يكون المال شيئاً مادياً ذا وجود خارجي .

— والعرف أن يعتاد الناس كلهم أو بعضهم قوله وصيأته بحيث يجري فيه
بذل ومنع ؛ فما لا يجري فيه ذلك بين الناس لا يعتبر مالاً ولو كان عيناً مادية ،
كالإنسان الحر ، وحبة القمح ، وكسرة الخبز ، وحفنة التراب ، والجيفة .

وكذلك ما يعتاد الناس قوله وصيأته ، ويجري فيه البذل والمنع لكنه ليس
عيناً مادية ، فانه لا يعتبر في نظرم مالاً ، بل قد يكون ملكاً أو حقاً ،
كالنافع ، والحقوق المحضة ، والديون .

وغني عن البيان أن عنصر العرف يستلزم القيمة ، إذ لا يعتاد الناس
هذا الاعتبار والصيانة في شيء بحيث يحصى ثأره وينذل أخرى إلا لمنفعة^(١)

(١) في فصل المعقود عليه من كتاب البيوع من البدائع (١٤٣/٥)
في صدد مناقشة الاجتهاد الشافعي بعدم تجويزه بيع سباع الحيوانات كالكلب
والفهد والاسد ، ما نصه :
==

مادية أو معنوية بقدرونها فيه ، فتوجه اليه الرغبات . وان الرغبات يبذل في سبيل تحقيقها وتحصيلها أعراض مادية ، وهذه هي القيمة المادية بالمعنى الاقتصادي العام .

٧٣ - التعريف الصحيح للمال :

فما تقدم نستطيع أن نعرف المال في نظر فقهاء المذهب الحنفي^(١) بالتعريف التالي :

المال هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس

- فبالعين خرجت المنافع والحقوق المحضة ، بما عدوه ملكاً لا مالا .
- وبالقيمة المادية خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس بما تقدم بيانه كحبة القمح ، والجيفة الخ . .

على أن حبة القمح او الرز وأمثالها لما تعتبر مالا في حالتها الطبيعية ، أما اذا دخلتها صنعة مثلاً ، كما يكتبه مهرة الخطاطين على حبة او زر من أبيات شعر

= « ولنا - اي دليلنا - ان الكلب مال فكان محلاً لبيع كالعقور والبازي : والدليل على أنه مال انه منتفع به حقيقة ، مباح الانتفاع به شرعاً - بالحراسة والاصطياد - على الاطلاق ، فكان مالا ، الخ .

فقد اعتبر كونه ذا منفعة حقيقية ومشروعة دليل المالية . ولكن سنرى أن مشروعية الانتفاع ليست شرطاً لتحقيق أصل المالية ، بل هي شرط لكون المال متقوقماً ، وهذا تقوم من شرائط انمقاد البيع . (١) اما عند غير الحنفية كالشافعية مثلاً فان المالية أوسع نطاقاً ، اذ أنها تشمل المنافع ، كما سنرى في الفرع السادس المخصص لبحث العين والمنفعة من الفصل التالي (ف / ١٣١) .

أو حكم قرآنية نجعل لها قيمة فنية أو دينية ، فانها عندئذ قد تصبح من انفس الاموال ، وكمثل بعض الآثار التي قد يحرص الناس على اقتنائها لذكرى مما ليس له قيمة في ذاته ، ولكنه اصبح ذا قيمة بنسبته ، كفضلة قلم احد العلماء المشاهير ، أو توقيع ، او مسودة بخط احد العظماء ، ونحو ذلك مما يدخل في زمرة الآثار .

وقد اطلنا بعض الشيء في تحقيق هذا الموضوع لأنه يكاد يكون مهملًا في كتب الفقه ، والمذكور فيها وفي المجلة عن مفهوم المال مقتضب مشتمل وغير محكم .

٧٤ - النتيجة العملية لاعتبار المالية وعدمها :

ولتمييز المال عن غير المال نتائج عملية ذات بال في احكام الفقه المدنية .
(أ) - فما ليس مالا ولا ملكاً ، كالهواء والجيفة والانسان الحر ، لا تعتبر فيه ملكية ولا تعتمد عليه المقود أصلاً من معاوضة أو غليك ، كالبيع والاجارة والمبة (المجلة / ٢١٠) .

(ب) - واما مالا يعتبر ملكاً ، كالمنافع والحقوق ، فان النظرية الفقهية فيه تختلف في كل موضوع عن الآخر بحسب ما يلحظ من القابليات فيه : فالمنافع مطلقاً ، سواء أكانت منافع انسان او حيوان أو اشياء ، تقبل عقود تمليك المنافع بعوض أو بغير عوض ، كالاجارة والاعارة والوصية بالمنفعة وأما الحقوق المحضة ، كحق المدعي في تحليف خصمه البين فانها لا تكون محلاً لتعاقد بها او عليها في المقود التي يجب ان يكون محلها مالا ، او منفعة كالبيع والقسمة والاجارة مثلاً ، لأن البيع موضوعه مبادلة مال بمال ، والقسمة موضوعها افراز الحصص الشائعة ومبادلة بعضها ببعض . فعقد البيع يجب ان يكون محله مالا ، وليس حقاً مجرداً . وكذا القسمة والاجارة يجب

ان يكون محلها مالا أو منفعة .

وهذه الحقوق المجردة يجوز ان يقع عليها عقد الصلح اذا كانت هي محل النزاع المصالح عنه ، ولا يجوز ان تكون هي بدل الصلح لان البديل الذي يدفع في عقد الصلح لحسم النزاع يجب ان يكون مالا . اما الحق المصالح عنه فلا يجب ان يكون مالا ، لان كل ما يمكن فيه النزاع والخصومة يمكن ان يكون محلاً صالحاً عنه ، اذ الغاية التي شرع طريق الصلح العقدي لاجلها انما هي حسم النزاع ، وهذه الحقوق المجردة يجري فيها النزاع .

لذلك جاز الصلح عن طلب اليقين على بدل مالي يدفعه المدعى عليه الى المدعي لقاء الخلاص من الحلف (م / ١٥٥٥) .

على انهم قد استثنوا بعض حقوق اعتبروها غير قابلة للاعتياض عنها ، كحق الشفعة وحق المكفول له في الكفالة بالنفس لا بالمال ، فلا يصح الصلح عنها على بدل ؛ ولو صولح عنها سقط الحق ولم يستحق البديل (ر : الدر المختار ايضاً) . فقد حظوا ان الشفعة نوع سلطة شرعت لتنظيم الملكية العقارية ودفع سوء الجوار ؛ وهذا لا يحصل الا باستعمال الحق نفسه ، ولم تشرع للاستباح والاستغلال . فليس لصاحب الحق الا استعماله أو تركه .

على أن حق طلب اليقين يقبل الاعتياض ، كما تقدم ، ولو كان في دعوى شفعة (المجلة / ١٥٥٥) .

الفرع الثاني

(ب) - المال بالنظر القانوني

٧٥ - ان النظرة القانونية الحديثة الى المال ومفهومه تختلف عن نظرة
الجهة من زاوية المذهب الحنفي التي اوضحناها آنفاً .

فالقانون يتجه الى اعتبار كل ما يتعارف الناس تداوله والاعتياد عنه
داخلاً في معنى المال ، وتنعقد عليه العقود المختلفة .

هذا ماوردت عليه المادة /٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق
لدينا ، فقد قالت الفقرة الثانية من نصها المعدل :

« ان كل ما كان مالا متقوماً يجوز ان يكون معقوداً
عليه ، فالأعيان والمنافع والحقوق بما كان تداوله متعارفاً
على الإطلاق هي في حكم المال المتقوم ، » .

وهذا هو ايضاً مقتضى نصوص القانون المدني الجديد ، فان نظرت في
المالية والتقوم تتفق مع مدلول المادة /٦٤/ التي كانت هي النافذة لدينا في سورية .
وهذا النظر القانوني قد اتفق مع المذهب الحنفي من الفقه الاسلامي في
عنصر العرف من عصري المال ، واختلف معه في عنصر العينية
فلم يشترطه .

وعليه قد أصبح بما يدخل في زمرة الاموال جميع الحقوق المبردة
كحق الامتياز ، وحق استعمال عناوين المحلات التجارية ، وحق الابتكار
(الملكية الصناعية والادوية للمخترعين والمؤلفين) فكل ذلك ونحوه أصبح
بالقانون في حكم الاموال يقبل عقود المعاوضات بيعاً وشراءً وغيرهما . والداعي
الى ذلك تطور الحاجة الزمنية والاساليب الاقتصادية .

٧٦ - وقد جاء في القانون المدني العراقي تعريف المال بأنه : « المال
هو كل حق له قيمة مادية » .

وهذا التعريف قد قلب الموضوع رأساً على عقب ، فجعل عاليه سافله ، فانه
قد قصر مفهوم المال على الحقوق . فأخرج بذلك الاعيان من حيز الاموال
نظراً الى ان الاعيان انما ماليتها باعتبار ما فيها من حقوق لاصحابها فتدخل في
زمرة الحقوق .

ولكن هذا تكلف ، فان الاعيان اموال في ذاتها وان لم تقع تحت
الملكيات الفردية والحقوق الخاصة ، فيرد على هذا التأويل الاعيان التي هي من
المباحات غير المحرزة ، كصيد البر والبحر والجو ، وكالشجر والحب والعشب
المباح النخ... فانها أعيان مالية لم تدخل في ملك شخص ولم تقع تحت حق أحد
فتبلى خارجه عن معنى المال بمقتضى نص القانون المدني العراقي ، بينما يشملها
صنيع المادة ٦٤/ من قانون الاصول الحقوقية السابق لدينا فهي أحكم دلالة
وشمولاً .

وقد كان المناسب في مشروع القانون العراقي أن يقال في تعريف المال :
« هو كل عين أو حق ذي قيمة مادية » فتجتمع فيه عندئذ مزية حسن الدلالة
والشمول الى جانب الاختصار .

الفصل الثاني

تقسيم المال ونتائج الفقهية

٧٧ - المال بمناه الذي رأيناه ينقسم في نظر الفقه الاسلامي باعتبارات مختلفة ، الى اقسام عديدة يفترق بعضها عن بعض في أوصافها وطبيعتها ، وقابليتها ، وتختلف تبعاً لذلك الاحكام المدنية التي تتعلق بها . والنظر الفقهي في تقسيم المال بما اذا الاعتبار ينتهي بالباحث الى عشرة اقسام اساسية :

- الأول - المال المتقوم وغير المتقوم .
- الثاني - المال المثلّي والقيمي .
- الثالث - المال الاستهلاكي والاستعمالي .
- الرابع - المال المتقول وغير المتقول .
- الخامس - العين والدين .
- السادس - العين والمنفعة .
- السابع - المال المأوك ، والمباح ، والمحجور .
- الثامن - المال القابل للقسمة وغير القابل .
- التاسع - الاصول والثمرات .

العاشر - المال الخاص والعام .
وستولى في الفروع التالية بيان كل قسم ، وخصائصه وما يترتب عليها
من أحكام .

الفرع الاول

في المال المتقوم وغير المتقوم

معنى التقوم وعدمه شرعاً ، وتناوبه
- معناه قانوناً .

٨٧ - ينقسم المال أولاً في الفقه الاسلامي الى قسمين : مال متقوم ،
ومال غير متقوم .

والمتقوم في هذا المقام ليس معناه ماله قيمة بين الناس ، بل معناه في
اصطلاح الفقهاء : ما يباح الانتفاع به شرعاً . وغير المتقوم ما لا يباح الانتفاع
به شرعاً (المجلة / ١٢٧ والدرر ، والدر المختار في البيع الفاسد) كالنثر والخنزير
وكالحیوان المأكول اذا ختن ختناً أو وقد وقداً^(١) دون أن يذبح بالطريقة
المشروعة ، فكل ذلك مال غير متقوم بالنسبة الى المسلم ، بحيث لو كان ماله
مسلباً فألفه أحد لا يكون مضموناً على متلفه .

وعدم التقوم لا ينافي الملكية فقد تثبت الملكية للمسلم على مال غير متقوم

(١) - الرقد ضرب الحيوان بشيء ثقيل على رأسه حتى يسترخي ويموت
(المصباح) .

كما لو غنم العبيد عنده ، أو أسلم وعنده خر أو خنزير ، أو ووثها منه ووارثه ، أو اصطد الخنزير . ذلك لأن الملكية تثبت على المال ، والمالية ثابتة في غير المتقوم .

ولكن عدم التقوم ينافي ورود العقود من المسلم على المالية غير المتقوم . فسيل الحر مثلا اذا ملكها المسلم أن يربتها أو يحلقها ، وسيل الخنزير أن يسيه (ر : رد المحتار في البيع الفاسد ٤ / ١٢٠ ، والدور أول البيع الفاسد ٢ / ١٧٤) .

هذا ولا تلازم بين التقوم بهذا المعنى وبين المالية ، فقد يكون الشيء متقوما أي مباح الانتفاع ، ولا يكون مالا لفقدان أحد عناصر المالية المتقدمة وذلك كالخبة من القمح ، والكسرة الصغيرة من فئات الخبز ، والتراب المبذول (ر : الدور أول البيع الفاسد) .

وقد يراد أحيانا بالتقوم معنى المال المحرز : فالسك في البحر مثلا غير متقوم بهذا المعنى ، فاذا اصطيد صار متقوما بالاحراز (المجلة / ١٢٧) .

وقد يستعملون « المتقوم » بمعنى « ذي القيمة » نظير الاصطلاح القانوني تماماً كقولهم : « ان المنافع ليست متقومة في ذاتها عندها » ، وانما تقوم بمقدار الاجارة للعاجة (: « الهداية » فصل من غصب عينا فقيها) .

وأما « المقوم » (بصيغة المفعول من « التقوم ») فمعناه ذي القيمة قولاً واحداً . ففرق في الاستعمال بين تقوم المال وتقويه .

والأصل في الأموال جميعاً أن تكون متقومة ، أي مباحة الانتفاع ومحلاً صالحاً للعقد . فقد قرر علماء الشريعة قاعدة « ان الأصل في الاشياء الإباحة » ، وانما التحريم حالة استثنائية تتوقف على ورود النص .

وأساس ذلك قوله تعالى : « خلق لكم ما في الارض جميعاً » فأصبحت

الحرمة استثنائية محتاجة الى نص او دليل خاص .

وقد وردت نصوص متتالية في الكتاب والسنة ببيان المحرمات من الاشياء
كقوله تعالى :

« قل لا أجد فيها أوحى إلي محرماً على طاعم بطعمه إلا أن
يكون مَيْتَةً أو دماً مسفوحاً أو لحماً خنزير فإنه نجس ، أو فسقاً
أهلٌ لغير الله به » .

وقوله : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل
لغير الله به والمنخقة والموقودة والمتردية والنطيحة وما أكل
السبع إلا ما ذكركم وما ذبح على الثُعب وأن تستقسوا
بالأزلام » .

٧٩ - ثمة اعتبار التقوم وعدمه :

اتفق من خلال البحث أن لا اعتبار التقوم وعدمه في المال نتائج هامة
في العقود وغيرها :

(أ) - ففي جميع العقود التي ترد على المال ، كالبيع والهبة والاجارة
والاعارة والرهن والرصة والشركة الخ . . يشترط لانعقاد العقد أن يكون
المال متقوماً ، فان لم يكن متقوماً بطل العقد .

على أنهم في البيع قد فرقوا بين كون المال غير المتقوم مبيعاً أو ثمناً :

- (١) - فإذا كان مبيعاً ، كما لو باع المسلم خيراً ، فليبيع باطل .
- (٢) - وإذا وقع ثمناً ، كما لو باع شيئاً بمقدار من الحر ، فالبيع منعقد
لكنه فاسد .

والعلة في ذلك عدم هي ان المقصود بالذات في عقد البيع هو البيع ،

مختومه شريطة انعقاد . أما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته ، فتقومه شريطة حصة لا انعقاد (و : رد المختار ، البيع الفاسد) .

(ب) - وفي الائتلاف اذا اتلف الانسان مالا غير متقوم كالخمر والخنزير لمالكه المسلم لا يضمنه ، لأنه لا يباح الانتفاع به شرعا فلا قيمة له .

أما بالنسبة الى غير المسلم من الذميين الذين يدينون باباحته فهو ممن امواله المحترمة في نظر الشرع . فلو أتلف المسلم أو غيره خمر النصراني أو خنزيره أو غنمه الموقوذة أو المنخقة كان ضامناً .

وكذلك تتعقد عليه عقودهم وتصح دون عقود المسلم .

٨٠ - التقوم بالنظر القانوني :

رأينا في الفقرة /٧٥/ ان المادة /٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا ، ثم نصوص القانون المدني بعدها قد اعتبرت ان كل مال «متقوم» هو قابل لأن يكون معقوداً عليه ، وان كل ما كان تداوله متعارفاً من أعيان أو حقوق هو في حكم المال « المتقوم » .

فما المراد بالمتقوم في هذه المادة ؟

لاشك أنك أنه ليس المراد بها منه المعنى الشرعي وهو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً ، وانما المراد بالمتقوم فيها : ما كان ذا قيمة بين الناس . لأن هذه المادة قد جاءت لتوسع في معنى المال وشموله ، وتجعل مفهومه مدنياً بحيث لا علاقة فيه للحل والحرمه .

فالخمر والخنزير يقتضى هذه المادة قد اعتبرا اموالاً متقومة تصح العقود عليها بين المسلمين وغير المسلمين .

وقد أطلقت هذه المادة الأعيان واعتبرتها بمجرد التعارف على تداولها مالا متقوماً ، فشملت الأعيان الحرمه والحلله شرعا .

ولا يعقل ان يكون واضعها قد أرادوا اعتبار التداول من اسباب حق الانتفاع شرعاً ، اذ ليس غرضهم التحليل والتعريم ، وليس لفكرة الحلال والحرام موضع ولا منسج في القانون الوضعي ، وإنما امتناز هذه الفكرة الدينية الفقه الاسلامي الذي جعل منها رقيباً وروحياً مهيمناً يرافق الأحكام المدنية ، وينع بقدر الامكان طفتيان الظاهر على الواقع ، فأسس حكم الديانة وحكم القضاء كما اوضحناه في مقدمة الجزء الاول .

فواضع المادة / ٦٤ / من قانون اصول المحاكمات الحقوقية انما أرادوا اعتبار التداول من اسباب انعقاد العقد وصحته مدنياً .
فالتقوم في كلامهم انما هو التقوم بالمعنى المدني ، وهو كيون الشيء ذا قبة ، وليس بالمعنى الشرعي .

٨١ - عدم التقوم قالوناً :

وهنا محل للتساؤل : هل فكرة عدم التقوم معدومة في القانون ، او هي موجودة فيه ايضاً ولكنها فيه تقع على نوع آخر من الاموال ؟
لاشك ان فكرة عدم التقوم موجودة في القانون ايضاً وان لم تسم هذه التسمية ، ولا يعقل ان يخلو عنها التشريع الوضعي مادام يمنع تداول بعض الاشياء الضارة ويحذر احترامها ، وهو المعنى الذي تستند اليه فكرة عدم التقوم شرعاً ، وان اختلف النظر القانوني عن الشرعي في نوعية المسال غير المتقوم لافي أصل الفكرة .

فغير المتقوم في نظر القانون هو المال الذي يمنع القانون اقتناؤه وتداوله ، كالخيش والافيون وغيرهما من المخدرات الممنوعة ، والمواد الحربية المتقبعة فان كل ذلك ممنوع على العامة الا في حالات استثنائية لأغراض مشروعة كالتطبيب ، ولاتاسن مخصوصين .

يقول الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة :

« وتقسيم المال في الشريعة الى متقوم وغير متقوم له نظير في القانون ، لأن من الاموال ما يحرم قانون العقوبات اقتناءها واحرازها ، ويعد احرازها جريمة الا في احوال استثنائية ، وهي المواد المحرمة تناولها ، وكل من استولى عليها في غير احوالها الاستثنائية بأي طريق من طرق الاستيلاء لا تختم يده ، ومن أثلها في هذه الحال لا عقوبة عليه ، فهي مهددة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون .

فهذا النوع من الاموال نعتبره نظير المال غير المتقوم في الشريعة مقارباً له في المعنى ، لان قانون العقوبات لم يحرم ملكيتها في هذه الحال ، فكأنه سلبها قيمتها من عروضا .

ولا يكفي القانون في سبيل التحريم باهدار ماليتها من ملكها ، بل يجعلها سبباً في العقاب الاليم ينزل به ، وللقوم المالي يهظه .

ومها يكن من فوارق في الاعتبار بين نظر الشريعة للاموال المحرمة فيها ونظر القانون لها فلا شك انه يسوغ لنا أن نصف المواد المحرمة بأنها مال غير متقوم في يده من يستولي عليها من غير مسوغ قانوني للاستيلاء » ٥١ .

(نظرية الملكية والعقد في الشريعة الاسلامية للأستاذ المشار اليه ، ف/٤) .

في المال المثلي والقيمي

النظرية القفية في قيمة الاموال ومثلتها
- حصر الاموال المثلية - انقلاب المثلي الى
قيمي وبالعكس - نتائج التمييز بين القيمي
والمثلي - مزايا للنقدن - نظرية عدم تعيين
النقد في العقود .

٨٢ - وينقسم المال من جهة ثانية عند الفقهاء الى قسمين أساسيين ،
وهما : المال المثلي ، والمال القيمي :

أ - فالمثلي : هو ما قائلت آحاده او أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم
بمضاه مقام بعض دون فرق يمتد به .

ب - والقيمي ما تفاوتت افراده فلا يقوم بعضه مقام بعض
بلا فرق .

وقد عرفت الجهة المثلي بأنه « ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت .
والقيمي ما لا يوجد له مثل في السوق ، او يوجد لكن مع التفاوت
المعتد به في القيمة » (م ١٤٥ و ١٤٦) .

وقد عدت المادة / ١١١٩ / منها انواع الاموال المثلية ، فحصرتها في
اربعة انواع : المكيلات ، والموزونات ، والعمديات المتقاربة ، وبعض
أنواع الذرعيات ، وميزت بعض التمييز بينا وبين الاموال القبية .

٨٣ - ايضاح النظرية للقيمة في قبية الاموال ومثلتها

- والمال ثلثة يكون النوع او الصنف منه تفاوت آحاده بحيث يكون
لكل فرد منها اعتبار خاص وقيمة له تختلف عما للفرد الآخر ، وذلك كأفراد
الحيوان ولو من نوع واحد ، والطنافس ، والاراضي ، والشجر ، والدور ،
والحوانيت الخ ...

- وثارة لاتفاوت آحاده ولا اجزائه ، بحيث ان كل كمية منه اذا
ساوت سواها قدراً في الصنف الواحد المتميز المعين تساوت ايضاً قيمة ، بحيث
لا يكون هناك بين الكميات من فرق في القيمة يعتد به عادة إلا من حيث
تفاوت مقاديرها . وذلك كالسمن والزيت والقمح والشعير والملح والتمر
والزبيب والجوز واللوز والحطب والدوام والذئابير والمعادن بجميع انواعها
والفواكه والورق ، ونحو ذلك اذا كان كل هذا من صنف واحد وصفة متائلة .
فان كل واحد من هذه الاصناف وأشباهاها يعد بين الناس بعض أجزاءه
مساوياً في القيمة لبعض الآخر اذا تعادلت الكميتان ، ويقوم بعضه مقام
بعض في التداول والوفاء .

بجلاف القسم الاول ، فان القطعة من الارض لاتساوى حتماً مع القطعة
الجاورة لها وان كانت مساحتها متساويتين .

وكذا الرأس الواحد من النعم او البقر او الخيل لا يتباوى مع الآخر
في القيمة لما بينها من تفاوت في وجوه واصناف شتى .
وهكذا الدور والحوانيت والطنافس والمصوغات من الحلي والجواهر

والفروشات الاثائية التي يسمونها اليوم (الموبيليا) ، فكل فرد منها له قيمة خاصة بحسب مادته او صفته او طيعته او صنعته او حجه او سعته الخ ... او بحسب مجموع عافيه من مميزات تختلف عما في سواه .

(أ) - فالقسم الاول الذي تتفاوت آحاده وأجزاؤه يسمى « قيبيا » (بكسر القاف وسكون الياء) نسبة الى القبة التي يتفاوت بها كل فرد عن سواه .

(ب) - والقسم الثاني الذي تتماثل آحاده وأجزاؤه يسمى « مثليا » نسبة الى المثل ، لان كل نوع منه بعضه مثل بعض .

وعلاوة على هذا الاعتبار الذاتي في المال المثلي يشترط شرط آخر خارجي فيه هو أن يكون المثلي موجوداً بالفعل امثال له تحت التداول في الاسواق .

فلو كان او اصبح نادراً او مفقوداً اعتبر قيبياً ولو كانت آحاده لاتفاوت كبعض النقود المسكوكة او المصنوعات القديمة .

والى هذا يشير تعريف المجلة الآتية الذكر ، فان هذه الاموال بانقطاع امنائها لم يبق من الممكن ان يحل بعض افرادها محل بعض بقاترات ، وأصبح لها اعتبار خاص في قيمتها ينقلها الى زمرة القيبيات .

٨٤ - انقلاب المال المثلي الى قيمي ، وبالعكس :

ينتج مما تقدم أن المال المثلي قد يصبح قيبياً ، والقيمي قد يصبح مثلياً .
(أ) - فان وجود المال المتماثل بكثرة في الأسواق أمر غير ثابت فينبدل الحال في المال المثلي من وجوده الى انقطاع ، ومن انقطاع الى وجود ينقلب اعتباره من مثلي الى قيمي ، وبالعكس .

وقد تعرض عوارض أخرى غير الانقطاع من الأسواق تنقل المال من

المثلية الى القبية ^(١) . فمن ذلك الحالات الآتية :

(١) - اذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين بصورة لا تقبل التمييز كان الحاصل المختلط قبيحاً .

وذلك لانه لم يبق له مماثل في حاله الحاضرة ، اذ يختلف حصول كل مختلطين باختلاف نسبة الاجزاء فيكون له تقويم خاص : (ر : م / ١١٩) .

(٢) - كل مال مثلي احاط به خطر وأشفى على التلف يصبح أثناء خطره قبيحاً .

وذلك كالاموال التي احاط بها الحريق ، أو المشعونة في سفينة جنحت الى الغرق ، ونحو ذلك (الدر المختار أوائل القصب) .

وهذا لان هذه الاموال في هذه الحال لم تبق بمائة لانها السلبية من الاخطار ، بل أصبحت لها قبية خاصة يؤخذ فيها أمر الخطر بعين الاعتبار . فهي مثلاً انما تشتري وهي في هذه الحال بما يتناسب مع درجة الامل بنجاحها ^(٢) .

(١) - في كتاب القصب من رد المحتار ج ٥ ، ص / ١٢٧ / طبعة الميمنية :

« ان المثلي يخرج عن المثلية لمعنى خارج » .

(١) - فائدة اعتبار انتقال المال من صفة المثلية الى القبية في هذه الحال

من الخطر تظهر مما سيأتي في الفقرتين / ٨٨ و ٩١ / ، اذ نرى فيها ان المال المثلي يضمن بمثله ، والقيمي بقيمته .

فلو ألقى الملاح في البحر بعض ما في هذه السفينة الموقرة بدون إذنت صاحبه لأجل تخليصها لا يكون ملتزماً بضمان مثل ما ألقى لصاحب المال ، ولو كان المال الملقى مثلياً في الاصل ، وانما يضمن له قيمته التي تقدر له بصفة أنه مال مشرف على الغرق (ر : الدر المختار و رد المحتار أوائل كتاب القصب ، وأواخر كتاب القصة)

٣ - كل مال مثلي تعيب او استعمل فاصبح بمالة تجعل له قيمة خاصة تختلف عن قيمة أمثاله قبل التعيب او الاستعمال يعبر قيماً .
وعن هذا كانت الكتب المطبوعة مثلية وهي جديدة ، فاذا استعملت اصبحت قيمة كما سترى .

هذا ، واذا لوحظ أيضاً أمر الكثرة والندرة في المال يتصور أيضاً ، بالعكس ، انقلاب المال من صفته القيمة الى المثلية كما سلف بيانه (في الفقرة السابقة) ، وذلك كالاموال المتأثرة في ذاتها النادرة الوجود ، اذ تعتبر قيمة فاذا كثرت أصبحت مثلية .

٨٥ - حصر الاموال المثلية ومستنده :

ان القيمي لا يمكن حصره في انواع كلية لان أنواعه لا تجمعها جامعة ، فلذا اكتفى الفقهاء في تمييزه بتعريفه الوارد في المادة / ١٤٦ / من المجلد المتقدمة الذكر .

أما المثلي فانه جميعاً من الاموال التي أساس تفاوت القيم بين افراد الصنف الواحد منها ، أو اجزاء الفرد الواحد انما هو في الكنيات والمقادير . فكلها اذن بما يخضع للمقياس في كيته لتقدير قيمته .

فالكمية في كل شيء إما أن تقاس وتقدر بالثقل وزناً ، وإما بالحجم كيلاً ، وإما بالآحاد عدداً ، وإما بطول المساحة ذراعاً ، أو متراً^(١) ، أو سواهما من المقاييس الطولية ، وهذه هي المقاييس الممكنة والمعتادة .

(١) - نرى لزوم تعريب كلمة « المتر » (بكسر الميم) ، المقياس المعلوم ، للحاجة اليها .

وقد اشتقنا منها هنا « المتو » بالفتح مصدراً ، بمعنى القياس بالمتر .
والفعل منه : « متويتو » كما يقال ذرع يذرع ، للقياس بالذراع .

وعن هذا كانت الاموال المثلية تنحصر في اربعة انواع : الموزونات ،
والمكيلات ، والذريعات ، والعدديات المتقاربة .

٨٦ - (أ) فأما الوزنيات والكيليات من نوع واحد فهي مثلية
على اطلاقها .

(ب) - وأما الذريعات فانها لا تكون مثلية الا اذا كانت اجزاؤها متساوية
دون فرق يمتد به كالنسوجات المحكمة الصنعة مثل الجوخ وسائر المتوجات
القطنية والحربية وغيرها اليوم ، فكل ذراع أو متر منها يساوي آخاه ، وكذا
الواح البلور من كل صنف ، والاشخاب الجديدة التي تأتي باوصاف ومقاييس
واحدة وتباع بالمتر المكعب أو المربع أو بالطول ، فكلها مثلية .
فلو كانت تتفاوت أجزاء المذروعات كالنسيج غير المتائل الاجزاء
وكالاراضي فان كل قطعة منه عندئذ قسمة لامتلية .

(ج) - وأما العدديات فما كان منها متقارباً ، وهو ما ليس بين آحاده
فرق كبير يمتد به كالبيض والجوز ، فانه منلي على الاطلاق .

فاذا تفاوتت أفراده في الحجم بحيث يكون لكل منها قيمة تختلف عن
الآخر ، كالبطيخ والقنيط والملفوف ونحوها ، فانه عندئذ اذا كان العرف على
بيعه بالعدد كان قسماً تتفاوت آحاده ؛ واذا كان العرف على بيعه بالوزن كان
مثلياً ، وذلك لان آحاده عندئذ (أي في حالة الوزن) هي الوحدات القياسية
الاعتبارية بالوزن من الرطل أو الاوقية ونحوها وهي غير متقاربة فيه ، وليست
آحاده هي أفراد الطبيعة المتفاوتة حجماً ، أي انه يصبح عندئذ وزناً لاعددياً .
وهكذا يقال في كل ماله أفراد متقاربة في الحجم متانة في المضمون والصفة
اذا كان يباع بالعدد أو الوزن .

وهذا يظهر للعرف من تأثير في اعتبار المال قسماً أو مثلياً ، وتبدل

هذه الصفة في المال المتلي الاصل بتبدل تعامل الناس فيه من عد الى وزن ، ومن وزن الى عد .

واذا كان المعدود المتقارب كالبيض والجوز من المحصولات الطبيعية مثلياً ، فان المعدود المتماثل من المصنوعات هو مثلي بالاولى ، كالأشياء الصناعية التي هي من صنع المعامل الآلية الحديثة اليوم ، مثل الكؤوس الزجاجية المعدنية وأباريق البلور ومصاييح الكهرباء من صنف واحد ، يل والمحركات والمضخات بسائر أجهزتها بما تخرج منه المعامل أفراداً كثيرة فانها كلها تعد من المثليات .

وأفراد النسخ المطبوعة الجديدة من كتاب واحد مثلية . أما النسخ المخطوطة ولو لكتاب واحد ، والنسخ المطبوعة المستعملة فقيية ، لتفاوت النسخ عن الأخرى في الأوصاف والقيية .

٨٧ - نتائج الثقة بين المال القيسي والمتلي فنياً :

ان هذا التفريق بين القيسي والمتلي من الاموال له نتائج عملية ذات بال في حناط الحقوق والقضاء ، واليك أهم هذه النتائج :

٨٨ - النتيجة الاولى :

فالاموال المثلية على الاطلاق تقبل أن تثبت في الذمم ثبوت الديون ، فيتعلق الحق منها بمقدار غير متعين بذاته في الخارج ، فتشغل به الذمة ، ويجب على الملتزم به وفاء دينه من أي الاموال الماثلة لما التزم به جنساً وصفة ، ولا يتقيد بعين معينة يريد بها الملتزم له .

وذلك كمن استقرض مبلغاً من النقود أو باع كمية من القمح الموصوف الى شهر مثلاً ، أو مائة متر من ألواح البلور كذلك ، فيكون كل هذا التزاماً بدني في ذمته يوفيه من أي كمية من النقود أو القمح أو البلور تتوافر فعلاً أو صاف هذا الدين .

هذا ، وان ثبوت الاموال المثلية في الذمم يستلزم حكماً آخر فيها ، وهو انها يجري بينها في الذمم المتعاقبة التقاص الذي سيأتي بيانه في نتائج تقسيم المال الى عين ودين (ف / ١١٥ / خامساً) .

أما الاموال القيسية فانها لا تقبل الثبوت في الذمم فلا تكون بذاتها ديناً أبداً ، ولا يجري بينها تقاص ، واذا أريد تعلق الحق بذاتها يجب أن تكون موجودة متعينة في الخارج .

فلا يمكن بيع رأس من الغنم أو البقر مثلاً الا اذا ورد العقد على واحد موجود مشخص متين عن سواء .

وذلك لأنه لو شغلت ذمة الملتزم بذات المال القيسي لكان غير متعين . وعندئذ يجب أن تفرغ الذمة ويوفى الالتزام بأي فرد كان من أمثاله . وقد رأينا أن القيسي لا مثل له لتفاوت كل فرد من أفرادها عن الآخر في الاوصاف والقيسة .

فاذا وجدت واقعة شرعية توجب شغل الذمة بالمال القيسي فانها عندئذ تشغل بقيمتها من النقود الدارجة وهي مثلية ، كمن ألتف مالا قيسياً لغيره ، فانه يلتزم بضمان قيمته ، لا بأداء نظيره ، (ر : المجلة / ٨٩٦ / والدر المختار أوائل كتاب القصب) .

٨٩ - وعن هذا قررو الفقهاء أن عقد القرض لا يجري في القيسيات ، ولنا يجري في المثليات من نقود أو أعيان أخرى كالنسخ والشعير ونحوهما ، لأن القرض يثبت به المال المقبوض ديناً في الذمة يوفى برد مثله ، والقيسي لا مثل له فلا يثبت في الذمة .

وقالوا ان اقراض المال القيسي ، اذا وقع ، يعتبر في حكم الاعارة من جهة انه يجب رد عينه ما دامت قائمة ، فلا يجبر المقرض على قبول مثله ، لكن

المقتضى يملكه بالقبض ، لأنه دفع بقصد التسليم فيكون مضموناً عليه بالقيمة إذا ملك عنده ولا يعتبر أمانة محضة كالعارية .

(ر : الدر المختار وحاشيته رد المحتار في القرض ١/١٧٢ و ١٧٣) .

٩٠ - ومن ذلك يستخلص أن المال المتلي يتعلق به الحق للعيني كمن باع كمية من الورق معينة بذاتها مشاركاً اليها ، فانها تعلقت بها ملكية المشتري ، وهي حق عيني ، حتى لا يحق للبائع أن يعطي سواها من أمثاله عوضاً عنها . (ر : المجلة / ٢٠٤) .

ويتعلق أيضاً به الحق الشخصي ، كمن باع مقداراً من الورق معيناً بنوعه وأوصافه فقط لا بذاته مؤجلاً التسليم إلى أجل محدد وهو بيع السلم ، فيكون البائع مدينًا بالورق للمشتري ، فعلى البائع أداء كمية ماثلة لدينه قدرها ونوعاً وصفاً عند حلول الأجل . (ر : المجلة / ١٢٣ و ٣٧٠ و ٣٨١)

وأما المال القيمي فلا يتعلق بذاته إلا الحق العيني . وإذا صار موضوعاً لحق شخصي فإن ذلك الحق في الواقع ، لا يتعلق بذاته بل بفعل يتصل بها تسليم المبيع القيمي ، فإن هذا التسليم حق شخصي للمشتري (ر : ف / ٤٠)

٩١ - النتيجة الثانية :

بما أن الأموال المثلية تقبل الثبوت في الذمم ، لذلك يجب باتلافها ضمان مثلاً لا قيمتها (المجلة / ٨٩١) ، لأن المثل أقرب إلى الأصل من القيمة ، والواجب في التعويض التقرب من الأصل الممض عنه بقدر الامكان ؛ لأن التعويض الضرر هو قضاء عن شيء فائت . ومن القواعد الفقهية أن الضرر يدفع بقدر الامكان ، وأنه إذا بطل الأصل يصار إلى البديل (المجلة / ٣١ و ٥٣) . فبما ان مكان الاقرب لا يصار الى الأبعد . وان تضمين المثل يخلف ذات المال المتلف ، أما تضمين القيمة فيخلف ماليته لا ذاته .

وقد صرح الفقهاء بأن المصلحة في التخليق والسجية بالنص ، وأن غايتها بالمثل لا بالقيمة ، لأن المثل معادل صورة ومعنى ، أما القيمة فمعادلة معنى فقط (وهذا المختار ، باب بيع السلم ٢٠٥/٤) .

فإذا انقطعت أمثاله من السوق فعندئذ يصار الى القيمة اضطراراً^(١) .

أما القيمي فلأنه لا يكون بذاته ديناً ، اذ لا مثل له ، يكون التزام التعويض عند الاتلاف متوجهاً الى قيمته رأساً كما تقدم .

ومضى وجب في الاموال المثلية الالتزام بضمان مثلها فلا عبء عندئذ لصعود القيمة أو هبوطها ما بين تاريخ الالتزام وتاريخ وفائه بأداء المثل ، لان الالتزام قد استقر في الذمة على المال المثلي عيناً لا على قيمته ، فلا عبء لتحول القيمة^(٢) .

٩٢ - النتيجة الثالثة :

الاموال القيمية لا تعتبر أمراً أدبياً ، فلا تخضع شرعاً في مبادلة بعضها ببعض لقاعدة وبا الفضل التي توجب تساوي البدلين اذا كانا من جنس واحد ، حيث تكون الزيادة وبا محرماً . فالاموال القيمية تخرج عن هذه القاعدة فيجوز اعطاء الكثير منها في مقابل القليل من جنسه كبيع غنمة بغنمتين معينات . وذلك لان الفضل هو زيادة أحد المتجانسين على الآخر في المقدار والقيمة ،

(١) وهل يجب عندئذ ضمان القيمة يوم الاتلاف ، أو يوم انقطاع المثل ، أو يوم الخصومة ؟ في ذلك نظريات اجتهادية سيأتي بيانها في محلها من بحث الفعل الضار . والمادة ٨٩١/ من المجلة تفيد اختيار الرأي الاول .

(٢) — على ان هذا الحكم ، على مثالبه نظرياً ، هو محل النقد لدى بعض الاساتذة القانونيين من حيث ان الملتزم قد يتأخر في تأدية المال المثلي الذي عليه الى وقت تكون القيمة فيه قد هبطت فيتضرر الملتزم له .

وان القييات ليست من المقدرات ، أي ليست من الاموال التي تجمع بين أفرادها وحدة مقياس ومقدار بحيث يكون تفاوت قياسها بنسبة تفاوت مقاديرها .
فلذا كان ربا الفضل يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط
(الدر المختار من باب الربا) .

٩٣ - مزايا التلقين .

وأبنا أن من الاموال المثلية المعادن كافة .

ومن هذه المعادن الذهب والفضة اللذان جرى العرف البشري العام على اتخاذ المسكوكات النقدية منها لتكون أثماناً وقيماً للأشياء التي تتعلق بها الحوائج . فتوفى الالتزامات من هذه المسكوكات ، وتقوم بها الحقوق ، وذلك لمزية اعتبرت في هذين المعدنين في الاوصاف والندرة كلها أثبتت من سواهما قيمة في التداول ، وأصلح للوساطة بين الانسان وحاجاته ، وألقت أن يكونا أساساً ومقياساً لقيم سائر الأشياء .

وعن هذا قال الفقهاء : « ان الذهب والفضة يعتبران أثماناً باغلفة ، أي بطبيعتها ولو غير مسكوكين .

ومعنى هذا ان الذهب والفضة إذا قوبلا في العقود بأي مال آخر يعتبران هما الموضع وهو الموضع^(١) . وإذا قوبل أحدهما بالآخر كان العقد صرفاً .

(١) - إن تمييز الثمن عن المبيع في المعاوضات نتائج عملية في الفقه . فالثمن في نظرم واسطة في العقد ، وان المبيع هو المقصود ، فيتسامع في شأن الثمن أحياناً بما لا يتسامع بمثله في المبيع .
فالمال غير المتقوم كالخمر اذا كان مبيعاً بطل العقد ، وان كان ثمناً فسد العقد : فمتدما يقابل بالتقود لا بعين قبية يكون مبيعاً حتماً لان التقود ثمن حتماً ، فيبطل العقد .

أما بقية الاموال المثلية فانها اذا كانت معينة وغوبلت في عقد المعاوضة بأعيان فيسبة على سبيل المقايضة ، كانت هي اثماً والمال القبيسي مشتباً أي مبيعاً ، لان المثليات ألتى بالثنية إذ تقبل الثبوت في الذمة ديناً كما رأينا .
أما إذا قوبلت القييات بعضها ببعض فانها يكون كل منها ثمناً من وجهه ، ومبيعاً من وجهه .

وسنرى تفصيل التميز بين المبيع والتمن ونتأجه في باب البيع من العقود المسماة الذي محله الجزء الخامس .

٩٤ - هذا ، وإذا كان الذهب أو الفضة مسكوكين دفانير أو درام كان لها اعتبار آخر في نظر الفقهاء علاوة على ما تقدم . ذلك أنها يصح لها شيء من التجرد المالي يكونان به في العقود كأنها ديون محضة . فالعقد الذي يرد عليها كأنها ورد على دين في الذمة لا على عين ، لأنها عندئذ تمحض للوساطة في التداول والمعاوضة .

وعن هذه النظرية قرر الفقهاء القاعدة القائلة :

ان الدنانير والدوام لا تمين بالتمين في عقود المعاوضة

(المجلد / ٢٤٣)

وإيضاح ذلك أن الذهب والفضة اذا كانا معدناً غير مسكوك اعتبر اثماً في المعاوضات ، لكنها كسائر المثليات يقبلان التمين بالذات . فمن اشترى سبيكة من ذهب أو فضة معينة بذاتها لا يجبر على استيفاء غيرها ولو بمائلاً لها في مقدارها ومبارها ، فيتعلق بها الحق العيني للشري .
وأما إذا كانا مسكوكين دفانير أو درام فاشترى شيئاً بدينار أو درم

= والشيء المبيع إذا استحق من يد المشتري يبطل البيع . أما إذا استحق الثمن من يد البائع فالبيع باق ويرجع المشتري بثل الثمن .

مميز بذاته وأشار إليه أنه هو الثمن المقود به وتم العقد ، فانه لا يجبر على أدائه بعينه بل له أن يدفع سواء من الدراهم أو الدنانير المماثلة . فيعتبر العقد كأنما ورد على دينار او درهم مجرد مطلق عن التمين .

وهذا التجريد مستمد من مهبة النقد المسكوك التداولية ، فان الغاية الاقتصادية لنقد المسكوك - وهي أنه وسيط بين الانسان وحاجاته وليس مقصوداً لذاته - تقتضي تساوي أفراد النوع الواحد منه في هذه الوساطة ما قامت قيمتها متساوية .

فين كون الذهب والفضة نقوداً مسكوكاً وكونها معادن فرق فقهي في قابلية التمين وعدمها في المعاوضات بناءً فقهاً وثنا على الهدف الاقتصادي العام الذي ينبغي التشريع في المسكوكات التقديبه .

ومثل للدراهم والدنانير جميع المسكوكات من المعادن الأخرى ، وهي التي يسونها بالفلوس النافقة الواجبة ، ، ويعتبرون تمثيلها ناشئة عن اصطلاح الناس وتعارفهم .

فمن هذه الفلوس تتفق في عدم قابليتها للتمين ، مع الدراهم والدنانير المعدودة أمثالاً بالحققة ، وتختلف عنها في بعض أحكام أخرى ليس هذا محل بيانها^(١) .

٩٥ - هذا الحكم السابق ، أعني عدم تعين النقود بالتمين هو خاص بمقود المعاوضة . أما في عقد الأمانة فان الدنانير والفلوس تمين بالتمين كالودائع التقديبه ، فانها لا يحق للوديع استبدالها بسواها من أمثالها ، ولو عمل كان غاصباً ، فيصبح ضامناً بعد ان كان أميناً ، بل عليه أن يحفظها بأعيانها للوديع .

(١) - في حكم الفلوس النافقة للوقوف النقدي في عصرنا هذا ، فانه يتداول كالفلوس وان كان في أصله مبناه من قبيل السند المحرر لحامله .

ومثل ذلك إذا استعار الانسان ديناراً مثلاً ليعاير به الميزان ، فليس له أن يرد سواء من مثله ، بل يتعين رد الدينار المعار بذاته .

الفرع الثالث

في الاموال الاستهلاكية والاستعمالية^(١)

- مضي المال الاستهلاكي والاستعمالي -
- عدم التلازم بين الاستهلاكي والمثلي -
- نتيجة هذا التقسيم فقها .

٩٦- وينقسم المال ايضاً من وجه ثالث الى قسمين : استهلاكي واستعمالي .
(أ) - فالمال الاستهلاكي : هو ما يكون الانتفاع بخصائصه بحسب المعتاد لا يتحقق إلا باستهلاكه .

والمراد به ما يستهلك باستعماله لأول مرة ، كالأطعمة والأشربة بمختلف أنواعها ، وكالخطب ، وورق الكتابة الخ ... سواء أكان الاستهلاك فيه

(١) - ان تقسيم المال الى استهلاكي واستعمالي لا يذكروه فقهاؤنا صراحة ، ولكن الشرائط التي يشترطونها في بعض الأموال بالنسبة الى بعض العقود تدل عليه كما سنرى .

حقيقيا ، كما في الأشياء المذكورة ، أو حقوقيا ، كما في النقود ، فإن النقود تدخل في هذه الزمرة ، ويعتبر خروجها من اليد التي هي فيها في سبيل وفاء الالتزامات وقضاء الحاجات استهلاكاً من الوجبة الحقوقية ، وإن كانت أعيانها باقية على حالها في الوجود الخارجي .

ب (-) والمال الاستعمالي : هو ما يتحقق الانتفاع به باستعماله مراراً مع بقاء عينه .

وهو الأموال التي لا تستهلك بالاستعمال لأول مرة ، بل لها دوام نسبي يختلف طولاً وقصراً بحسب طبيعتها وقابليتها لبقاء : كالعقارات ، والمفروشات ، والنباب .

فالفارق بين النوعين هو الاستهلاك من أول مرة في الاستعمال لامطلق استهلاك لأن معظم الأشياء يفنى طول الاستعمال .

ويجب أن يلاحظ أنه لا تلازم بين الاستهلاك والمثلي والمعنى والشرائط المتقدمة في بيان المثليات ، وإن كان الأغلب في الأموال الاستهلاكية أن تكون مثلية .

فكل من القيمي والمثلي قد يكون استهلاكياً وقد يكون استعمالياً :

- فالطعام المطبوخ مثلاً قيمي استهلاكي .

- والكتاب المخطوط ، أو المطبوع المستعمل ، قيمي استعمالي .

- والقلم والشعير مثلي استهلاكي .

- والنسيج المتائل الجديد ، كالجوخ والكتان ، مثلي استعمالي .

٩٧ - نتيجة هذا التقسيم :

ولهذا التقسيم ثمة في قابلية الأموال لبعض المقود والحقوق وعدم قابليتها

في الفقه الاسلامي :

(١) - فالأموال الاستهلاكية لا تقبل أن ترد عليها العقود التي موضوعها الاستعمال دون الاستهلاك، وهي التي تستهدف عليك المنافع دون الأمان ، كالأجارة والاعارة ، لأن العقد يقتضي الانتفاع مع حفظ المعين ، والمال الاستهلاكي لا ينتفع به إلا باستهلاكه ، فيتناهى غرض العقد مع طبيعة العقود عليه . وقد صرح الفقهاء في الاجارة بان د كل ما ينتفع به مع بقاء عينه يجوز اجارته ، وإلا فلا . (ر : الفتاوى الخانية في بحث الاجارة الطويلة ، والقواعد الفقهية للشيخ محمود الخزاوي ، أول مسائل الاجارة ص / ٧٣) . ومفاد ذلك ان المأجور يجب أن يكون استعمالياً بالمعنى الذي سبق شرحه . ومن هنا وضع الفقهاء القاعدة المشهورة في الاجتهاد الحنفي :

و ان الاجارة لا يصح أن ترد على استهلاك المعين .

فلا يجوز ايجار البرك لاجل الاصطياد منها ، ولا الاراضى للرعي أو الاحتشاش ، ولا ايجار الآجام والغابات لاقتطاع القصب أو الحطب ، ولا استئجار شاة لبون لشرب لبنها مدة معينة الخ ... (ر : رد المحتار آخر الاجارة الفاسدة) .

وقد استثنوا من ذلك بعض عقود الضرورة والاحتياج المأم فحوزوا استئجار الظائر - وهي المرأة الموضع - لارضاع الطفل ، كما جوزوا نزول الحمام للاغتسال ، وإن كان العقد يستهدف استهلاك البعن والماء الحار . ويجب أن يعتبر مثله نزول الفنادق اليوم بالطعام والشراب (١) .

(١) - يجب أن يلاحظ هنا ان المادة / ٦٤ / من أصول المحاكمات المحفوية السابق ، وبعده نصوص القانون المدني الجديد ، تقتضي صحة جميع هذه الاجارات الفاسدة .

على أن معظم هذه الاجارات الواردة على استهلاك العين قد تحققت حاجتها

وعقد الاعارة ان ورد على مال استهلاكى كالنقود والحبوب والمأكولات عامة لم يصح اعاوة بـل يعتبر العقد مجازاً عن القرض ، نظراً الى المقصود . فثبت فيه أحكام القرض ، ويكون المال مضموناً بثله على المستعير لا أمانة (ر : رد المحتار ٤ / ٥٠٤) .

ومقتضى هذا الأصل الذي تدل عليه النصوص في الاموال الاستهلاكية ان الوصية بمنفعة المال الاستهلاكي : كالقمح والثمار ونحوها مدعة مبنية دون تملك عينه لاتصح ، إلا أن تحمل على افراض الموصى له ايها الاستهلاكها ورد مثلها في نهاية المدة المحدودة .

(٢) - وأما الاموال الاستهلاكية فعلى عكس ما تقدم لا تقبل للعقد الذي هدفه الاستهلاك فقط دون الاستعمال ، كالقرض .

وعن هذا كانت الواجب في المال المقرض أن يكون استهلاكياً ومثلها في وقت واحد .

- فأما كونه استهلاكياً فكي تتحقق غاية العقد ، لان مقصود المقرض أن يستهلك ما اقترض لسد حاجته .

الناس العامة التي اوجرى العرف عليها . وان الحاجة والعرف يقضيان بتصحيح ما كان فاسداً في الأصل بمقتضى المبادئ النظرية .

وقد نقل ابن عابدين رحمه الله آخر الاجارة الفاسدة عن التارخانية مانعه :

« وفي الحاوي مثل محمد بن سلة عن اجرة السمار

فقال أوجبوا أنه لا بأس به وإن كان في الأصل فاسداً ،

لكثرة التعامل

وكثير من هذا غير جائز فجزوه حاجة الناس اليه كدخول الحمام ، .

- وأما كونه مثلياً فليس يمكن ثبوته في ذمة المستقرض فيقوم مثله مقامه في الأداء بعد الاستهلاك . (ر : ف / ٨٨) .

٣ - أما العقود التي لا ينحصر غرضها وموضوعها بالاستهلاك وحده أو بالاستعمال وحده بل تشملها معاً غاياتها كالبيع ، أو يكون لها غرض آخر كالحفظ في عقد الابداع ، فانها يمكن أن ترد على كلا النوعين المشروحين من الاموال ، فتصح في الاموال الاستهلاكية والاستثمارية على السواء .

الفرع الرابع

في المال المنقول وغير المنقول

معى المنقول والمثبت بالنظرين النقيض
والقانوني - تحول المنقول الى عقار ، وبالعكس -
تقسيم الاراضي ، وأم أحكامها قيمياً وقانونياً -
ثروات تقسم المال الى منقول وغير منقول في
الاحكام المدنية .

٩٨ - وينقسم المال أيضاً من وجه رابع الى منقول وغير منقول .
فالمنقول هو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر ، وبشمل
النقد والفروض والحيران ونحوها من القبيات والمثليات . ويدخل فيه

السفن والطائرات والسيارات اليوم .

— وغير المنقول هو العقار ، وهو مالا يمكن نقله ونحوه من محل الى آخر (المجلة / ١١٩ و ١٢٨) :

والعقار عند الفقهاء الحنفية ، في الأصل ، هو الأرض مجردة أو مبنية (رد المحتار من كتاب الوقف عن فتح القلير) .

فالبناء والشجر ولو كانا قائمين على الأرض يعتبران في المذهب الحنفي من المنقولات . ولذلك لا يجري فيها حق الشفعة إذا بيعا منفردين عن الأرض ، لأن حق الشفعة مقصور على العقار (المجلة / ١٠١٩ و ١٠٢٠) .

وكذا لا يصح وقفها دون الأرض في مكان لم يتعارف فيه الناس وقت البناء والشجر وحدها لأن الوقف لا يجري إلا في العقار وفي المنقول المتعارف وقفه (الدر المختار ، ورد المحتار من كتاب الوقف) .

غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الواوود على العقار بما فيه من بناء أو شجر . فلو بيعت دار أو أرض مشجرة يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض (المجلة / ١٠٢٠) .

ومعنى هذا أن البناء والشجر في النظر الفقهي لهما اعتباران : فها ، بانفرادهما عن الأرض ، يعتبران من المنقولات ، وهما ، مع الأرض ، عقار بالتبعية .

والاجتهاد المالكي يعتبر البناء والقراس القائمين من العقارات ، لأنها متصلان بالأرض اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلها ، بل يتغيران من حاله الى حال ، فيصبح الشجر حطباً ، والبناء أنقاضاً . فالحفاظة على صفتها بلا ضرر أو خلل تقتضي ثبات أعيانها . وهذا الثبات يوجب أن يعتبر

عقاراً كالأرضين^(١) (و : الشرح الكبير ، باب الشفعة ، وكتاب (الملكية
ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ف / ١٠) .

(١) - النظر القانوني الحديث يتجه الى توسيع نطاق الصفة العقارية عن
حدوده الفقهية .

فبينما لا يعتبر الفقهاء عقاراً بذاته سوى الأرض نجد المادة الأولى من نظام
الملكية العقارية السابق لدينا تنقسم العقارات الى ثلاثة أنواع : عقارات بذاتها ،
وعقارات بالنظر الى غايتها ، وعقارات معنوية .

وتجعل من النوع الاول ، اي من العقارات بذاتها ، كل ماله موقع
ثابت حتى النباتات المتأصلة في الأرض ، والأبنية . وتفسر الأبنية بكل مايجع
من مواد البناء فشد بعضه الى بعض بصورة ثابتة على ظاهر الأرض او في باطنها .
وهذا موافق للاجتهاد المالكي المبين أعلاه .

وتجعل من النوع الثاني كل ما يوجد في عقار زراعي او صناعي مما يتعلق
باستثماره ، حتى السمك في القدران ، والسماد المخصص للأرض .

وتجعل من النوع الثالث (المعنوي) حقوق الارتفاق والتأمينات ، حتى
الدعاوي القائمة في المحاكم على العقارات الذاتية ١١

ثم جاءت المادتان / ٨٤ و ٨٥ من القانون المدني السوري فأقرتا هذا
التفصيل دون تقييد بهذه الاسماء .

وكل شيء محتمل الاجل الدعوى بالعقار عقاراً ! فهذا من البيانات
البعيدة في أساليب التصور بين الفقه الاسلامي والاجنبي ، فان نظام الملكية
العقارية هذا قد أصدره المفوض الفرنسي في عهد الانتداب مستنداً من التشريع
المقاري الفرنسي ،

وقد عرف القانون المدني العراقي المقار بقوله :

٩٩ - تحويل المنقول الى عقار ، وبالعكس

يتضح مما تقدم أن المنقول قد يصبح في الاعتبار الفعلي كالعقار عن طريق التسمية ، كالبناء والشجر في مية الأرض .

ويستبر من البناء كل ما يوضع في العقار متصلاً به اتصال قرار . كالأبواب والاقفال المسبوبة وتديدات الماء والكهرباء اليوم (بخلاف المصاييح الكهربائية فانها لا توضع برسم القرار) وكأجران الحمام والسلام المثبتة ونحوها .

فكل ذلك بمجرد اتصاله بالعقار يصبح كالعقار اعتباراً ، وتجري عليه احكام العقار التي سنها قريباً ، ويدخل تبعاً في بيع العقار الذي هو فيه ، باعتبار أنه جزء منه وان لم ينص في العقد على دخوله (ر : / المجلة ٢٣٢) .

وبالعكس قد يتحول العقار الى منقول وذلك كالأجزاء التي تنفصل عن الأرض مما يستخرج من المناجم والمقالع من معدن وشمع وحجر وتراب ونحوه . ومثل ذلك انقراض البناء المهدوم .

فكل ذلك بمجرد فصله عن الأرض وإعداده للنقل تسليخ عنه صفة العقار وأحكامه ، ويلتحق بالمتنولات وتجري عليه أحكامها .

= « العقار هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو

تحويله دون تلف ، فيشمل الأرض والبناء والقراس » .

وجاء فيه أيضاً أنه :

« يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار

ملوك له وصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

تقسيم الأراضي فقها وقانونا

اولا - التقسيم الفقهي

١٠٠ - الفقهاء انما يقسمون الاراضي باعتبارين : بحسب عائدتها ، وبحسب نوع الضريبة المفروضة عليها شرعاً .

١٠١ - (١) - تقسيم الاراضي فقهاً بحسب عائدتها

تقسم الأراضي فقهاً بحسب عائدتها الى ستة أنواع وهي :

الاراضي المملوكة ، والموقوفة ، والمتركة ، وأراضي المملوكة ، والاراضي الموات^(١) ، وأراضي الحوز .

(١) - فالمملوكة : هي ما دخلت في الملكية الفردية بسبب من أسباب الملكية .

وهذه ينشع منها اربابها بكل مزايا ملكية العين .

(٢) - والموقوفة : هي ما وقفها مالكوها فصبرت عن التملك والتملك .

والرهن ، ورصد ريعها لجهة وقف ذلك الربيع عليها .

وهذه تستقل وتصرف غلتها لما وقفت عليه ، وتبقى وفقاً أبداً ، الا ان

تستبدل استبدالاً بوجه شرعي ، فيحل بدلها عليها .

(٣) - والمتركة : هي الأراضي القرية من العمران ترك لمصلحة

الأهالي مرعى ، أو مختصداً ، أو محتطباً (المجلد / ١٢٧) .

(١) - الموات : يفتح الميم وزان و سحاب .

وهذه تكون لمجموع أهل القرية ، تبقى لمصالحهم ، ولا يجوز لبعضهم استهلاكها أو الاستئثار بها .

(٤) وأراضي المملكة : هي التي بقيت لبيت المال بعد التوزيع على الفلاحين ، أو آلت إليه بانقراض مالكيها وانحلال ملكيتها ، ولذا تسمى أيضاً : « أراضي بيت المال » ، وهي التي سميت أخيراً في القوانين بالأراضي الأميرية .
وان التصرف بهذه الأراضي يعود شرعاً إلى السلطان فهو يتصرف بما وقفاً للصحة العامة . ولا يجوز أن ينج منها منعاً بحسب هواه ، أو يقطع منها من يشاء ما يشاء إقطاعاً^(١) كيفياً بحسب قربه منه أو رضاء عنه .

(٥) - والموات : هي الأراضي التي ليست ملكاً لأحد ولا متروكة ، وهي بعيدة عن أقصى العمران بحيث لا يصل منه إليها صباح الإنسان الجوهوي للصوت (المجلد / ١٢٧٠) .

وهذه للدولة ليست ملكاً لأحد . ويجوز للسلطان أن يأذن اذنًا خاصاً لمن يرغب من الناس ويتعهد بإحياء شيء منها بالتعمير أو الزراعة أو بالحرق والسقي ونحوه ، على أن يملك رقبته أو منفعته فقط . فمن أحيا منها شيئاً كذلك فإنه يملك رقبة ما أحياه أو منفعته فقط بحسب الاذن السلطاني (المجلد / ١٣٧٢) .

(٦) - وأراضي الخوز : هي المملوكة التي حيز أصحابها عن زراعتها وتجاهل خبريتها الحرجية الآتي بيانها ، فتركوها للدولة لتكون منافعها جبراً لضريبتها . (قانون العدل والانصاف لقديري باشا ، م / ٥١) .

وهذه تبقى رقبته على ملك أربابها ، وتستغلها الدولة لقاء خراجها فلا

(١) - في المصباح : « أقطع الامام الجند البلد إقطاعاً : جعل لهم غلتها وزقا » .

يجوز للسلطان بيعها أو وقفها ما دامت حوزاً قبل أيلولة وقفها الى بيت المال بسبب شرعي .

١٠٢ - (ب) - تقسيم الاراضي فقهاً بحسب نوع ضريبتها وتنقسم الاراضي فقهاً أيضاً بحسب نوع الضريبة المطروحة عليها الى نوعين : اراض عشرية ، وارض خراجية .

(أ) - فالاراضي العشرية : هي التي تخضع لضريبة « العشر » ، أي يؤخذ لبيت المال عشرة في المائة من محصولها الزراعي .

(ب) - والاراضي الخراجية : هي التي تخضع لضريبة « الخراج » ، وهي ضريبة مالية على الارض ، متروكة تقديرها للسلطان بحسب حالة المكلف والارض ، غير مقيدة بمقدار العشر .

والخراج نوعان : خراج مقاسمة ، وخراج وظيفة .

(١) - فخروج المقاسمة : هو ما يؤخذ بما تخرجه الارض عيناً ، أي انه جزء من الخارج نظير العشر ، ولما يختلف عن العشر في المقدار والمصرف .

- فالعشر معتبر من قبيل الزكاة ، ومصرفه هو مصارف الزكاة .

- أما خراج المقاسمة فيتجاوز العشر . وان حده الاعلى نصف الخارج فلا يجوز أن يتجاوز . ويصرف في المصارف العامة للدولة .

(٢) - وخروج الوظيفة : أو الخراج الموظف : هو ما يوظف ، أي يرتب ، من المال سنوياً على الارض متعلقاً بذمة صاحبها المكلف لبايعين المحصول . فيؤخذ منه ولو عطل الارض وأهمل استغلالها ، كما لو فرض على كل مساحة فدان من الارض دوام محدودة أو مقدار من القمح ونحوه يؤديه الى بيت المال .

١٠٣ - هذا ، وان كلا من الاراضي العشرية والخراجية هي من

قسم الاراضي المملوكة ، فهي مملوكة الرقبة لاربابها في الاصل .
 فاذا انقرض مالكوها وورثتهم حتى آلت الى بيت المال أصبحت من
 أراضي الملكة ، فتعطي للمستثمرين بالاجرة فتكون هذه الاجرة هي حظ
 بيت المال منها ، فلا يؤخذ بعدها عشر ولا خراج ، كما في أراضي الحوز .
 ولذا يعتبر متأخرو الفقهاء أراضي الملكة وأراضي الحوز نوعاً ثالثاً
 مأجوراً ، لا عشرياً ولا خراجياً .
 وقد اعتبر متأخرو الفقهاء أراضي الشام ومصر من هذا القليل ، أي من
 أراضي الملكة ، لانقراض مالكيها الأصليين (ر : البحر ، وقبح التقدير ،
 والدر المختار ، باب العشر والخراج) .
 وأما تعيين أنواع هذه الأراضي أيما يكون عشرياً وأيما خراجياً فهو مبين
 في باب العشر والخراج من الكتب الفقهية .
 هذه خلاصة اجمالية عن التقسيم القديم للاراضي في الفقه الاسلامي .

ثانياً - التقسيم القانوني

١٠٤ - رأينا أن أراضي الملكة هي ما كانت وقتها لبيت المال ،
 فلاما حق التصرف فيها بحسب المصلحة ، لأن من القواعد :
 « ان للتصرف على الرعية منوط بالمصلحة » (المجلة / ٥٨) .
 وقد أقر متأخرو الفقهاء اعطاء هذه الاراضي الى الناس كي يصبروها
 ويستشروها لغاء أجر حتى لاتتعطل ، كما أقروا أن لاتنزع من أيديهم ماداموا
 يؤدون ما عليها . وجوزوا لهؤلاء المتصرفين بها أن يفرغ أحدهم عن حقه لغيره .

لقاء بدل أو مجانا ، ولكن بإذن السلطان ، لأن وقتها لبيت المال فهي
و كالعوارى في يد الرعايا ، (ر : تنقيح الحامدية باب مشد المكة ، ج ٢
ص / ١٨٧) .

فاعتبروا المتصرف بها كالمستأجر على أساس حق القرار مدى الحياة وفراغه
كإيجار منه لغيره الى مدة أوسع ، فيشترط فيه إذن السلطان .

ولتشتت احكام الأراضي في المراجع الفقهية ، ولأن اراضي الملكة التي
سميت أميري إذا يعود الامر فيها شرعاً الى السلطان ، رأى السلطان سليمان
القانوني حاجة الى تنقيح احكامها وضبطها ، فأصدره نونا للاراضي جمع فيه
احكامها مستمدة من الشريعة ، فكان هذا اول قانون لها في الحكومة العثمانية .
ثم تتابعت بعده القوانين .

وتلك القوانين العثمانية زهومات :

(أ) - منها ما يتضمن أقدام الاراضي واحكامها العامة .
(ب) - ومنها ما يتضمن حقوق وحدود انتقال التصرف بالاراضي الأميرية
الى ورثة المتصرف عند وفاته ، أي إرث التصرف .

(أ) - الزمرة الاولى من القوانين العثمانية حول الاراضي :

١٠٥ - فأما الزمرة الاولى من تلك القوانين ، وهي التي تعالج
الاحكام العامة للاراضي في العهد العثماني فقد كان آخرها قانونان عامان :

(احدهما) - « قانون الاراضي » العثماني الصادر في ٧ رمضان / ١٢٧٤
وهذا القانون قد قسم الاراضي في الملكة العثمانية الى نفس الاقسام
الشريعة السالفة البيان ، أي الى : مملوكة ، وموقوفة ، وأميرية ، ومتروكة ،
وموات ، كما قسم المملوكة الى اربعة اقسام ، منها العشرية والحراجية .
وقد اعتبرت المادة الاولى منه اراضي بلاد الشام خراجية بمملوكة لأصحابها

في الأصل ، ولكنها آلت نهائياً الى بيت المال لانقراض معظم أصحابها فأصبحت
أميرية كما عليه رأي متأخري الفقهاء على ما سلف بيانه .

وقد أتى هذا القانون بأحكام لكل نوع من انواع هذه الاراضي اجمالاً ،
وللاميرية منها بصورة خاصة تفصيلاً .

وقد منع هذا القانون المتصرفين في الاراضي الاميرية من الحفر فيها أو
صنع اللبن والآجر ونحوهما من تربتها الخ ... وأكدت المادة / ٣٦ / منه عدم
صحة الفراغ عن التصرف في الارض الاميرية إلا باذن مأمور الطابو (أي مأمور
السجل العقاري) .

(وثانيها) - قانون التصرف بالاموال غير المنقولة ، الصادرة في
٥ جمادى الاولى سنة ١٣٣١ هـ ، الذي جاء بتوسيع حقوق المتصرفين بالأراضي
الاميرية ، وسوغهم كثيراً مما كان ممنوعاً عليهم ، وجعل اجراء جميع المعاملات
المتعلقة بالتصرف فيها منحصراً بدائرة الدفتر الخافاني الذي هو السجل
العقاري العام .

ويعتقضى هذين القانونين المذكورين اصبح الاذن السلطاني المشروط
لصحة الفراغ عن التصرف في الأراضي الاميرية ببدل او مجاناً يعتبر حاصلًا
بمجرد اجراء معاملة الفراغ لدى مأمور السجل العقاري وتسجيله بإهادون حاجة
الى اذن خاص من السلطان كما كان من قبل .

وليس للمأمور الموظف ان يتمتع عن اجراء التسجيل .
ونصت المادة / ٨ / منه على عدم جواز وقف الأراضي الاميرية ولا
الوصية بها من قبل المتصرفين فيها ، لأنهم لا يملكون رقبته .

٦٠٩ - قانون الأراضي الجديد ذو الرقم / ٣٣٣٩

ظلت هذه القوانين القائمة في أحكام الأراضي معمولاً بها في سورية الى

سنة ١٩٣٠ م حيث اصدر المفوض الفرنسي في عهد الانتداب الفرنسي قانون الاراضي الجديد الذي سمي ايضاً : « نظام الملكية العقارية » ، ذا الرقم /٣٣٣٩/ فضل عليها ، ونظم احكام جميع انواع الملكية والحقوق العقارية لا الاراضي فقط ، وادخل مبدأ مرور الزمن المكسب في العقار .

وقد خولت المادتان / ١٥ - ١٦ / منه صاحب حق التصرف في الاراضي الاميرية ان يستغلها ويستحق كل ما يتهد بها اتحاداً تبعياً ، طبعياً كان او اصطناعياً ، وأن ينصرف بها ببله حرته ، وأن يبني فيها ما يشاء ، ويجفر الى العمق الذي يشاء ، وأن يستخرج منها مواد البناء دون غيرها من سائر المنتجات كاللحادن والنفثان والفحم الحجري ، وذلك ضمن الحدود والقيود التي توجبها القوانين والانظمة الاخرى .

وكذلك سوغت المادة / ١٧ / منه صاحب حق التصرف في الاراضي الاميرية أن يجري عليها ما يشاء من أعمال التصرف ماعدا الوقف ، فأصبحت الرصية بالارض الاميرية جائزة بقتضاه ، وفاقاً للحكم الشرعي الذي يسوغ الرصية بالمنافع ، لأن حق التصرف بالارض الاميرية هو من قبيل المنفعة دون الرقبة .

هذا ، وإن المادة / ٢٧٠ / من القانون ذي الرقم / ٣٣٣٩ / المذكور المصحة بالقرار ذي الرقم / ١٣٥ ل ر / الصادر في ٢٢ حزيران سنة / ١٩٣٤ / م جهات تنص على إلغاء قانون التصرف بالاموال غير المتحركة العتائي الصادر في ٥ جمادى الاولى سنة / ١٣٣١ هـ بكامله ، وعلى إلغاء جميع « قوانين الاراضي » العتائية والإرادات السنية ، واحكام الجفة في جميع المواد التي هي موضوع بحث في هذا القانون الجديد ، فبقي المصوب به من تلك الاحكام السابقة كل ما لم يبحث فيه هذا القانون الجديد ولا يخالفه .

ثم جاء أخيراً القانون المدني السوري الجديد سنة ١٩٤٩/م ، فأدجت فيه نصوص قانون الملكية العقارية المذكور ذي الرقم ٣٣٣٩/ بكامله سوى تعديلات جديدة طفيفة كإلغاء حق الشفعة (الذي كان يقره قانون الملكية العقارية المذكور) إلغاء تاماً نهائياً .

٧ . ١ - التقسيم المعمول به اليوم في سورية :

ن تقسم الأراضي ، بالنظر القانوني المعمول به لدينا اليوم قد تناولته المادة ٨٩/ من القانون المدني (يقابلها المواد ٥ - ٩/ من قانون الملكية العقارية) ، ففست المقارنات (أي الأراضي) الى خمسة أقسام ، كما يلي :

١ - المقارنات المملوكة . وهي الأراضي الواقعة داخل مناطق الاماكن المبنية بحسب التعدد الاداري لتلك المناطق .

٢ - المقارنات الاميرية : وهي الأراضي التي تكون رقبتهما للدولة ، ويجوز أن يجري عليها حق تصرف .

٣ - المقارنات المتروكة المرفقة : وهي التي تخص الدولة ويكون لمجاعة عليها حق استعمال تعين مبرزاته وإتساعه وفقاً لقواعدات الحماية والانظمة الادارية (أي كالأراضي المتروكة لمصالح القرى) .

٤ - المقارنات المتروكة الحماية : وهي التي تخص الدولة أو البلديات وتكون جزءاً من املاك الدولة .

٥ - الأراضي الموات : او (المقارنات الخالية المباحة) ، وهي الأراضي الاميرية التي تخص الدولة إلا أنها غير معينة ولا محددة اي لم ينشأ عليها لاحد حق تصرف ، بخلاف الأراضي الاميرية يفتنأها المطلق فانها اراض زراعية معينة محددة .

وهذه الأراضي الموات يجوز لمن يشغلها قبل غيره أن يستحصل باذن من

الحكومة على حق افضلية له فيها ، اي حق رجعتان وأولوية في التصرف فيها
ويجاء لشرائط العينة في انظمة املاك الدولة .

ونفي عن البيان أن التسميم القديم الفعلي للأراضي بحسب نوع العشرية
الى اراض عشيرة وخراجية قد زال نظرياً وعملياً في بلادنا بمقتضى نظام الملكية
المعقوبة السابق ، ثم بالقانون المدني الحالي والانظمة المالية في ضريبة الاراضي
التي استبدلت بها لدينا اخيراً ضريبة الانتاج الزراعي .

وقد كان ذلك التسميم الى عشرية وخراجية مرعياً في قانون الأراضي
العثماني الآتف الذكر ، إذ عدت فيه الأراضي العشيرة والحراجية فروعاً من
الاراضي الملوكة .

(ب) - الزمرة الثانية من القوانين العثمانية حول الاراضي .

١٠٨ - أما الزمرة الثانية من الاراضي ، وهي التي تتضمن انتقال
التصرف في الاراضي الاميرية بالارث ، فقد بدأت أيضاً بالقانون الاول للعثماني
الآتف الذكر الذي أصدره السلطان سليمان . فانه لم يجعل فيه لأحد من ورثة
المصرف في الاراضي الاميرية حق انتقال ، بل يعود الارض بوفاة المصرف
إلى بيت المال بناء على أنه في حكم المستأجر سنوياً ، فاجازته تنسخ في المذهب
الحنفي شرعاً بموته .

ولما أقر لأولاد المصرف بعد وفاته حق أولوية في استنجاوها
يبدل المثل .

وهذه الأولوية في الاستنجا كانت تسمى : « حق الطابو » .

ثم تتابعت بعد ذلك قوانين وأنظمة كثيرة وسع فيها أولاً انتقال « حق
الطابو » ، هذا إلى غير الاولاد . ثم آل ذلك الى تقرير انتقال في حق التصرف
بالأرض الاميرية مجاناً الى الورثة ، على ترتيب ونظام يختلف عن ترتيب الارث

الشرعى في الاملاك الحرة ، ويتساوى فيه الذكر والأنثى ، باعتبار أن هذا الارث النظامي منحة للتصرفين يعود للامام صاحب السلطة العامة على هذه الاراضي حق توزيعها وترتيبها ، كحق الواقف في فرض توزيع غلة وقفه . كما يشاء .

٩٠٩ - قانون انتقالات الاموال غير المنقولة

وأخر قانون في ذلك هو قانون الارث النظامي الجديد المعروف بأسم « قانون انتقالات الاموال غير المنقولة » المؤرخ في ٢٧ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هـ = ٢١ شباط ١٩٢٧ م .

وقد جعلت فيه درجات الانتقال ثلاثاً تحجب كل منها ما بعدها ، وهي :

أولاً) - فروع المتوفي .

ثانياً) - أبوا المتوفي ، وفروعها .

ثالثاً) - أجداده وجداته ، وفروعهم .

وجعل للزوج أو الزوجة مع أهل الدرجة الاولى الربع ، ومع أهل

الثانية النصف .

وقد أقرت في هذا القانون أمور أهمها ما يلي :

(١) - جعل نظام انتقال التصرف بالوفاة واحداً في الاراضي الاميرية

وفي حق القرار المنشأ على عقار الوقف بطريقة الاجارتين (ر : ف / ٢٣) .

وقد كانت طريقة الانتقال قبلاً في حق الاجارتين على العقارات الموقوفة

مختلفة عن طريقة الانتقال في حق التصرف بالاراضي الاميرية وأخيق منها .

(٢) - ساوى في النصيب بين ذكور الاولاد واثانهم كما ساوى بين

الزوجين في النصيب .

(٣) - أقر قاعدة الخلفية والتمثيل ، وهي أن يعتبر المتوفى عند وصول

الحق الى درجة مثلاً بولده الذي يخلفه ، فيقوم الاولاد مقام أبيهم فيستحقون نصيبه الذي يستحقه لو كان حياً مع وجود أعمامهم الذين هم أعلى طبقة .
وعليه اذا مات أحد أولاد المتصرف بالأرض الاميرية عن أولاد ثم مات ولده المتصرف ، فان الحفدة يستحقون نصيب أبيهم المتوفى من تركه جدم الذي توفي بعد أبيهم ، ولا يكونون محجوبين بأعمامهم كمنحجبهم بهم في الإرث الشرعي المعتبر في الاملاك العادية . وهذه المسألة هي المعروفة بين الناس بمسألة « ابن المرحوم »^(١) ، عالجها هذا القانون في إرث المتصرف بالأراضي الاميرية . ولا يزال هذا القانون معسولاً به في سورية الى اليوم .

هذه خلاصة منسلة عامة عن أقسام الاراضي وأسمائها وأحكامها الاساسية شرعاً وقانوناً ، تلقي نوراً على تطورها ومراحلها ، وتعين على فهم ما يصادفه الباحث والطالب من أسمائها المختلفة وأنواعها في شتى المناسبات ،

(١) - يلحظ في هذا المقام انه قد أقر أخيراً في مصر قانون جديد للوصية عدلت فيه مسألة ابن المرحوم في الإرث الشرعي العام عن طريق إيجاب وصية اجبارية لأولاد أحد الاخوة المتوفى قبل أبيه بمبلغ في تركه جدم يعادل ميراث أبيهم منه لو كان أبوم حياً عند وفاة جدم على ان لا يتجاوز ثلث التركة ، وذلك بالاستناد الى بعض الاجتهادات الاسلامية في الوصية الاجبارية للأقارب . وهكذا عولجت في مصر قضية « ابن المرحوم » عن طريق الوصية الاجبارية . ثم صدر لدينا في سنة / ١٩٥٣ م قانون الاحوال الشخصية (وكنت أنا احد أعضاء اللجنة التي كلفت وضعه) فتبنى هذا القانون لدينا تدبير الوصية الاجبارية الذي سلكته مصر مع تعديل يسير وجدناه ضرورياً . وهكذا زالت من الوجود لدينا قضية ابن المرحوم .

فيدرك قديما من حديثها ، وناسخ أحكامها لدينا من منسوخها^(١) .

١١٠ - ثمرات التمييز بين العقار والمنقول :

إن ثمره التمييز بين المنقول والعقار من الاموال لم تكن ، في الاحكام الفقهية الاصلية ، بالمكانة التي لها اليوم في ظل التشريع القانوني . فلم يكن هناك من تفاوت اساسي بين ما يتعلق بالمنقول وما يتعلق بغير المنقول من الاحكام إلا في بعض أمور وحقوق ناشئة عن طبيعة العقار تجري فيه ولا تجري في غيره ، كحق الشفعة وحقوق الجوار والارتفاق ، وكأحكام غصب العقار بناء على اختلاف الفقهاء في إمكان غصب العقار وعدمه .

أما بعد وجود التشريع العقاري القانوني في سورية وتأسيس التشكيلات المدنية التي تعددت بمقتضاها المحاكم واختلفت وظائفها واختصاصاتها منذ العهد العثماني الى اليوم ، فقد أصبح التفريق بين المنقول والعقار ثمرات هامة ولا سيما في الامور الشكلية ، كاختصاص المحاكم ووجوب تسجيل العقود والحقوق العقارية في السجل العقاري .

واننا سنجمل فيما يلي ذكر النتائج الناجمة عن التفريق في الاموال بين المنقول والعقار في الاحكام الفقهية الاصلية ، وفي الاحكام القانونية :

(١) - ترى مراجع هذه الخلاصة وتفاصيل الاحكام في باب العشر والحراج وكتاب الوقف من رد المختار وغيره من الكتب الفقهية ، وفي نصوص قوانين الاراضي العثمانية المشار إليها آنفاً ، وكتاب أحكام الاراضي للأستاذ الكبير شاكر بك الحنيلي ، وأحكام الاراضي أيضاً للأستاذ المحامي دعبس المر ، وفي نظام الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم / ٣٣٣٩ / ، وفي القسم الثاني من القانون المدني الذي أدمجت فيه نصوص نظام الملكية العقارية المذكور وفي جانب من مقدمته أيضاً .

١١١ - (أ) - في الاحكام الفقهية :

(١) - ان الشفعة تجري في العقار ولا تجري في المنقول ولو كان هذا بناء مبنياً او شجراً مفروساً ، إلا تبعاً للعقار كما تقدم .

ومثل الشفعة في ذلك بيع الوفاء ، فانه يختص بالعقار دون المنقول على ارجح الآراء الفقهية ^(١) ، ر : الدور أو اخر البيوع ورد المختار ، ٤ / ٢٤٨ .

(٢) - ان الوقف ايضاً إنما يصح في العقار دون المنقول إلا اذا وقف المنقول مع العقار الذي هو وقف تبعاً له ، أو كان من المنقولات التي جرى العرف والتعامل على وقفها منفردة ، كالمصاحف والكتب وأدوات حمل الموتى .

وكذلك الحقوق العينية الطارئة على الوقف ، أي حقوق القرار المعروفة بأسماء مختلفة كالحكر والاجارتين والمرصد والكذك الخ .. ، لا تجري في الموقوف من المنقولات وإنما تختص بالعقار الموقوف كما تقدم .

(٣) - ان المنقول المبيع لا يصح من المشتري ان يتصرف فيه ببيع ونحوه قبل قبضه . أما العقار المبيع فيصح تصرف المشتري فيه قبل قبضه (المجلة / ٢٥٣)

والعلة في ذلك ان البيع يبطل بهلاك الشيء المبيع قبل التسليم ، والمنقول عرضة للتلف ، فتداول الحقوق عليه قبل استقرار ملكية المشتري بالقبض هو غرر وتسرع يعرض تلك العقود والحقوق اللاحقة للضياع اذا ملك المبيع في يد بائنه الاول ^(٢) .

(١) - يلحظ هنا ان بيع الوفاء أصبح بمنوعاً وعقده باطل يقتضى المادة

٤٣٣ / من القانون المدني لدينا

(٢) ان نصوص القانون المدني ، وقبله المادة / ٦٤ / من قانون أصول

المحاكمات الحقوقية العينية لدينا يقتضي عمومها صحة بيع المنقول قبل القبض .

- (٤) - حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالمقار ولا تتعلق بالمنقول .
- (٥) - المنقول يمكن غصبه بلا خلاف بين الفقهاء وتترتب على الغاصب أحكام الغصب المقررة في محلها .
- أما المقار فمن الفقهاء من يرى أنه غير قابل للغصب ، إذ لا يمكن نقله ونحوه . وهذا رأي الامامين أبي حنيفة وأبي يوسف .
- ومنهم من يرى قابليته للغصب ، وهذا رأي محمد ، وهو الراجح الذي اعتمدته المجلة (٥ : ٣ / ٩٠٥ - ٩٠٩)^(١) .

(١) وجهة نظر الامامين في عدم جريان الغصب في المقار ان الغصب المنصور فيه ليس في الحقيقة غصباً للمقار . بل هو اقضاء لصاحبه عنه ، كمن يقضي الراعي عن مواشيه ، والغصب لا يتحقق إلا بإزالة يد المالك عن ماله بفعل يقع من الغاصب على المال ، ولا يكون هذا الا بالنقل والتحويل ، والمقار لا يتصور فيه ذلك .

ووجهة نظر الامام محمد في امكان غصب المقار أن الغصب يتحقق بمجرد ازالة يد المالك عن ماله ، ولا يشترط ان تكون تلك الازالة بفعل في المال . وهذه الازالة فيما يحتمل النقل انما تكون بالنقل والتحويل ، وفيما لا يحتمله تتحقق باخراج المال عن ان يكون منتفعاً به في حق المالك ، أو باعجاز المالك عن الانتفاع به . وهذا يتحقق الغصب في المقار كما في المنقول .

وغرة الخلاف في امكان غصب المقار تظهر في عدم التزام الغاصب بضمان قيمته اذا هلك في يده على الرأي الاول ، والتزامه بالضمان على الرأي الثاني . وعلى هذا : لو غصب انسان عقاراً فجاء آخر فأتلفه فالضمان على المتلف فقط عند الشئخين (ابي حنيفة وأبي يوسف) ، لأن الغصب لم يتحقق فأنفرد الاتفاق بالاعتبار .

(٦) - عقار القاصر لا يجوز للولي أو الوصي بيعه الا باذن القاضي في حالات محدودة ومعدودة مبنية في الكتب الفقهية ، وفي قانون الاحوال الشخصية ، وكلها من حالات الضرورة وهذا المنع لأن بقاء عين العقار أصول من حفظ ثمنه .

أما أموال القاصر المنقولة فيجوز بيعها وحفظ ثمنها .

١١٢ - (ب) - في الاحكام القانونية :

(١) - في ظل الأحكام القانونية في سوية تخضع العقارات والحقوق المبنية فيها والتصرفات المتعلقة بها للنظم والأحكام العقارية الخاصة ، ومن أهمها مبدأ « علانية العقود » الذي يقضي بوجود تسجيلها في السجل العقاري ، واعتبار جميع العقود التي تعقد دون تسجيلها في السجل العقاري عديمة الأثر ولا حجة فيما على الأشخاص الثالثين (غير الماقيدين) إلا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري ، كما هو مفصل في مواضعه من القوانين العقارية ، وخصوصاً لدينا المادة / ٢٠٤ / من نظام الملكية العقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ / (التي أصبحت المادة / ٨٢٥ / في القانون المدني) ، وكذا المادة / ١١ / من القرار ذي الرقم / ١٨٨ / المتعلق بالتسجيل العقاري .

أما المنقولات فتخضع مباشرة للاحكام المدنية العامة لا لنظام خاص ،

= وعند محمد يتخير المالك بين قضين الغاصب وقضين المتلف . فإذا اختار قضين الغاصب يرجع هذا على المتلف بما ضمنه لأنه يملكه الغاصب بضمان قيمته ملكاً مستنداً الى تاريخ القصب ، أي يكون للملكه بالضمان أثر رجعي ، فيكون الاتفاق قد رقع على ماله . (ر : بدائع الصنائع ، كتاب القصب ج ٧ ص ١٤٣ و ١٤٦ و ١٤٨ / ، والمداية أيضاً ، وغيرهما) .

ولا يشملها مبدأ العلانية ، فلا يجب في عقودها التسجيل^(١) .

حتى انه في العقد الواحد كالرهن :

— اذا كان المرهون عقاراً يكون تابعاً لأحكام الرهن في القانون العقاري :
فيتم رهنه بمجرد وضع إشارة الرهن في صحيفة المقار من السجل العقاري دون
حاجة الى قبض ، ولا يسقط الدين بهلاكه وهو مرهون ؛ خلاف المقرر من
شرائط الرهن وأحكامه الشرعية في نظر الفقهاء .

— وإذا كان المرهون مائلاً منقولاً طبقت فيه أحكام الرهن العامة في
القانون المدني كما يرى في موضعه من عقد الرهن :

(٢) — قوانين الإيجار التي تعاقبت في هذه البلاد منذ سنين لتحديد حرية
المؤجرين في الإيجار وفي الأجور ، وتديد عقود الإيجار للمستأجرين ومنع
تخليتهم إلا بأسباب معينة رعاية لظروف زمنية باسم النظام العام ، كل تلك
القوانين إنما تتعلق بإيجار المقار ولا تسري على إيجار المنقولات ، بل يخضع
إيجار المنقولات لأحكام الإجارة العامة .

(٣) — فيما يتعلق بأصول المحاكم واختصاص المحاكم قد يختلف مرجع
الدعوى بغير المنقول عن مرجع الدعوى بالاموال المنقولة كما هو معروف في
قانون أصول المحاكمات الحلقية .

(١) — على أنه قد يفرض قانوناً لزوم التسجيل في عقود بعض المنقولات
على سبيل الاستثناء لاعتبارات تقضي بها المصلحة العامة الزمنية في نظر الحكومة ،
كما في السيارات اليوم ؛ فان بيع السيارة يجب تسجيله في السجل المخصوص في
ادارة المواصلات ، والعبارة لقيود هذا السجل في تعيين المكلف القانوني
بالضريبة المالية عليها ، فالرسوم المالية المفروضة عليها تستوفي من صاحب
الملكية الرمية المسجلة باسمه .

فالمحكمة المختصة في دعوى المقار هي المحكمة التي في منطقتها يقع المقار؛
أما في دعوى النقول فمحكمة مقام المدعى عليه .

٤) - عندما تلجأ دوائر التنفيذ الى بيع أموال المدين لوفاء دين محكوم
به تبدأ ببيع أمواله المنقولة بمقتضى أحكام قانون الاجراء ، ولا تباع عقاره
إلا إذا لم تكف أمواله المنقولة .

٥) - إزالة الشيوع الجبرية كانت تختص بالمقار ، ثم تمت لدينا أخيراً
على المنقول المشترك تعديلاً لقانون حكام الصلح الذي يجعل دعوى إزالة الشيوع
من اختصاصهم^(١) .

الفرع الخامس

في العين والدين

- ١١٣ - ينشعب البحث في هذا الفرع الى ثلاثة مباحث :
- الأول) - في موقع الدين من أقسام المال ، وتعريف العين والدين .
- الثاني) - نتائج التمييز بين العين والدين .
- الثالث) - في نظرية الذمة وخصائصها .

(١) - بعد الوحدة التي قامت بين مصر وسورية سميت محاكم الصلح
لدينا . « المحاكم الجزئية » بمقتضى قانون السلطة القضائية الجديد الموحد جرياً
على الاصطلاح المتعارف في مصر .

المبحث الاول

موقع الدين من أقسام المال
- تعريف العين والدين -

١١٤ - المال ، بالمعنى الاصطلاحي في نظر فقهاء الحنفية ، لا يمكن
تقسيمه الى عين ودين ، لأنه كما رأينا في الفقرات / ٣٥ و ٣٦ و ٣٧ / لا يكون
الا أعياناً .

فالديون في الذمم هي حقوق شخصية مملوكة لأصحابها ، والتزامات على
من هي في ذممهم^(١) .

يقول الفقهاء الحنفيون : « ان الدين هو : وصف في الذمة » .
واختلفوا هل يعتبر ملكاً لصاحبه وهو في الذمة ، أو لا يعتبر لانه مجرد

(١) - يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بوجه عام بلفظ « الحق » الذي
يشمل عندهم جميع الحقوق المالية وغير المالية ، ويتناول من الحقوق المالية
الحقوق العينية والحقوق الشخصية جميعاً . (رسالة الدكتور شفيق شحاتة ونظرية
الالتزام العامة في الشريعة الاسلامية ، ف / ٢٥٤) .

فهم قد غلبوا لفظ « الحق » على ناحيتي الرابطة الالتزامية ، على عكس
اصطلاح نظرية الالتزامات التي غلب فيها لفظ « الالتزام » على الناحيتين (ر :
ما تقدم ف / ٢٥)

وقد يستعمل الفقهاء لفظ « الواجب » في معنى الالتزام من ناحيته
السالبة أي من ناحية المكلف الملتزم ، فيقولون مثلاً : « من عليه الواجب »
لتعبير عن الملتزم .

وصف شرعي ؟

وقد رجعوا النظر الاول فقالوا :

« الحق انه يملك ، ولذا جازت هبة الدين للمدين وهي عليك ،
واعتبر الدين المشترك من قبيل شركة الملك ، حتى لو أخذ أحد
الشريكين فيه من المدين شيئا عن حصته يشاركه فيه الآخر . »
(فتح القدير أول كتاب الشركة) .

ونحن هنا لما نتكلم عن الدين بمناسبة تقسيم المال ، لا باعتبار أنه من
أقسام المال الاصطلاحي عند الفقهاء الحنفية ، بل باعتبار ان الدين يقابل العين
المالية كما تقابلها المنفعة .

على أن الفقهاء قد يصفون الدين بأنه « مال حكمي »^(١) أي شيء اعتباري
يملكه الدائن وهو موجود في ثروة المدين ، فيصح أن يقال ان الدين عند
الفقهاء مال من حيث المال .

وقالوا : ان من أوصى بثلاث ماله وله دين وعين يدخل الدين أيضاً في
وصيته على الرأي الراجح (رد المختار باب الوصية بثلاث المال) .

ومن جهة أخرى ، نرى ان الديون تعتبر أموالاً في مذاهب فقهية أخرى
وفي الأحكام القانونية التي تدخل في زمرة الاموال الحقوق والمنافع وكل
ما تعورف تداوله بين الناس (و : ف / ٧٢) .

وكذلك يجوز حبز الدين في ذمة مدين المدين لمصلحة دائن الدائن
بمقتضى احكام التنفيذ القانونية كما تحبز الاموال العينية ، فيترتب عندئذ على
مدين المدين ان يفرغ ذمته في يدي دائن دائنه لا في يدي دائنه .

١١٥ - تعريف للعين والدين :

(١) - و : د الاشياء والنظائر ، لابن نجيم . ج ٢ الفن الثالث ص / ٢٠٩ .

المعين هي : الشيء المعين الشخص ، كبيت ، وحصان ، وكرمي ، وصبرة حنطة ، وصبرة دراهم حاضرتين ، فكل ذلك من الأعيان (المجلة / ١٥٩) .
ويفهم مما تقدم في الفقرة / ٦٩ / وما بعدها ان الأعيان تنقسم الى أعيان ذات قية فتكون مالا ، وغير ذات قية فلا تكون مالا .
وذات القية تنقسم الى متقومة - أي مباحة الانتفاع شرعاً - وغير متقومة ، كما تنقسم الى مثلية وقيمية ، والى منقولة وغير منقولة .
أما الدين فهو : ما يثبت في الذمة ، كقدر من الدراهم في ذمة رجل .
(المجلة / ١٥٨) ^(١) .

(١) - في هذه المادة من المجلة تعميم لفظ « الدين » على أحوال أخرى في اصطلاح الفقهاء اذ قالت ما نصه :

« الدين ما يثبت في الذمة كقدر من الدراهم في ذمة رجل ، وقدر منها ليس بحاضر ، والمقدار المعين من الدراهم أو صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز ، فكلها من قبيل الدين » .
والمراد بالحالة الأخيرة المقدار المعين كمية على وجه الشروع ، كالنصف والرابع مثلاً ، لا المعين ذاتاً ، بدليل قولها « قبل الإفراز » ، فان المعين ذاتاً يكون مفروضاً .

ولا يخفى ان ما سوى الثابت في الذمة هو من قبيل الاموال المادية ، لأنه في الحقيقة أعيان .

فالنصف الشائع من مال مثلي لا يخرج شيوخ الملكية عن كونه عيناً مالية ، وانما يجعله الشيوخ غير متبذ عن سواء . فتسببه ديناً هو مجرد اصطلاح بسبب مثليته وعدم تمييزه ، فهو داخل في الأعيان المالية ، وليس هو المقصود بكلمة « الدين » ، في موضوع بحثنا ، لان بحثنا موضوع الدين الثابت في الذمة =

والدين في الفقه الاسلامي يعبر به في الأصل عن الناحية السالبة في الالتزام
التقدي أو ما في حكمه ، أي عن الالتزام الملزم بدفع نقود وما في حكمها
من الأموال المثلية التي تثبت في الذمة ، كمن اقترض مثلياً أو اتلفه فإنه يكون
ملتزماً بمثله ديناً في ذمته ، وعليه وفاؤه من أي الأموال العينية الماثلة لتأبث في
الذمة (ر : ف / ٩١) .

على أنه قد يستعمل لفظ « الدين » لتعبير عن الناحية الموجبة في الالتزام ،
أي ناحية الملزم له وهي « الحق » إذا كان أيضاً محل الالتزام مبلغاً من النقود
أو أشياء مثلية ، فيقال : فلان على فلان دين أي حق مالي ثابت في ذمته .
وأغلب مصادر الديون هي تارة العقود ، كالفرض والبيع والكفالة والصلح
والنكاح ، الخ ... ؛ وتارة للفعل الضار كما في دين الترميض عن المتلفات ،

= فلذا لم نأخذ من تعريف المجلة للدين إلا الحالة الاولى ، لأنها محل البحث
في مقابل العين .

على أنهم قد يخصون العين في بعض كلامهم بالدوام والدائير الحاضرة
دون سواها من الاعيان . ففي رد المختار من باب الوصية بثلاث السال فيقال لو
أوصى أحد بألف وله دين وعين ما نصه :

« قال ابو يوسف : العين الدوام والدائير ، دون للتبر والخطي
والعروض والشياب . وللدين كل شيء يكون واجباً في الذمة
من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك » .

فهذه اصطلاحات استثنائية ، والاصطلاح الفقهي العام في معنى « الدين
والعين » هو ما اقتصرنا عليه في متن هذا الكتاب .

المبحث الثاني

في نتائج التمييز بين الدين والعين

١١٦ - يتوجب على التمييز بين الاعيان المالية والدين نتائج هامة في الأحكام الفقهية العملية ، نشير إليها إجمالاً فيما يلي :

(١) - الديون أموال واعتبائية عليها الذمم التي تشكل بالتزاماتها (١) . وليس لها وجود خارجي .

أما الاعيان المالية فهي أموال ذات وجود خارجي .
على أن الديون إنما توفى التزاماتها بدفع الاعبات المالية المتلفة من جنسها في مقابلها .

(٢) - الديون لا يكون عليها مالا مثلياً .
وذلك لأن المال المثلي هو الذي يقبل الثبوت في الذمة بسبب أن له أمثالاً يمكن المطالبة بأدائها عنه عيناً .

= فهذه اصطلاحات استثنائية ، والاصطلاح الفقهي العام في معنى الدين والعين ، هو ما اقتصرنا عليه في متن هذا الكتاب .

(١) - تقدم ان الفقهاء يميزون بين عنصرى الالتزام بالدين ، وهما : أصل الدين ، والمطالبة به ، وانها قد يجتمعان ، وقد ينفك أحدهما عن الآخر ، فليُنظر (ف / ٣٦) .

أما الاعيان فمنها المتلي ومنها القيمي . وان القيمي منها لا يثبت في الذمة ، ولما يتعلق الحق بعينه ، وقد ينتقل الحق عن عينه الى قيمته فثبت عندئذ في الذمة كما تقدم (ف/ ٨٨) .

وقد استثنى من هذا العموم بعض اموال قبيية اعتبر الفقهاء لما نبوتاً في الذمة في بعض العقود . فقد سوغوا أن تكون المصنوعات القابلة للضبط حقة ومقداراً كالتياب والاحذية والمفروشات ونحوها موضوعاً لدين ، فثبت في الذمة عندما يكون الالتزام إلى أجل ، كما في بيع السلم والاستصناع .

أما الحيوان فانه لا يكون ديناً ، لتفاوته ، ولما يمكن ورود الالتزام على أفراد معينة منه ، على سبيل الالتزام بالعين ، أي الالتزام بتسليم عين معينة كما تقدم بيانه في بحث موضوع الالتزام (ف/ ٣٩) .

على أنهم قد استثنوا المهر في عقد النكاح فأجازوا أن يكون حيواناً أو غيره من القيميات معينة بنوعه لا بذاته . ويعتبر ديناً على الزوج ، ويلزمه المتوسط من افراد نوعه في الجودة والردامة . (ر : الدر المختار وود المختار في باب المهر) . والملة في هذا التماسح ان المال ليس هو الغاية المقصودة في عقد النكاح .

٣ - الديون الثابتة في الذمم لا تقبل القسمة الا بعد أن تقضى .
وعلى هذا لا يحق لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يستأجر قبضه من الدين في مقابل حصته ، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه في القبض بحسب حصصهم (المجلة / ١١٠١ - ١١٠٥) إذ لو اعتبر ان القبض إنما قبض حصته فقط لكان ذلك اقتساماً للدين المشترك في الذمة^(١) . وهو فيها وحف شاغل ، فلا يقبل

(١) - الدين المشترك : هو مائت لاشخاص متعددين في ذمة آخر بسبب واحد ، كالارث ، وكما لو باع اثنان مالا مشتركاً بينها لأخر صفقة واحدة

القصة إلا بعد القبض .

(٤) - الديون في الذم لاتعتبر عللاً صالحاً لعلود التملك والمعاوضة .
فلو باع انسان من آخر دينه الذي على ثالث فالباع باطل ، وكذا لو
وهب دينه الذي على شخص لم تجز الهبة ؛ إلا ان يوكله بقبضه ، فحينئذ يقبضه من
المدين بحكم الوكالة ، ثم يملكه بحكم الهبة ، كما تقدم (ف / ٣٥) .
وعن هذا لم يسوغوا مخارجة أحد الورثة عن حصته من تركه لما دين ،
لأن هذا التخارج يشتمل على بيع الدين ، وإنما يجب ان تقتصر المخارجة على ماسوى
حصته من الدين .

على أنه قد استثنى من ذلك بيع الدين للمدين نفسه بما لا آخر يدفعه إلى
الدائن لأنه عندئذ في معنى الوفاء .

وكذلك استثنوا هبة الدين للمدين نفسه لأنها في معنى الإبراء والاسقاط .
والقاعدة في هذا عند الفقهاء أنه ولا يجوز عليك الدين لغير من عليه
الدين ، (الدر المختار أول فصل التخارج من كتاب الصلح) .
وفي هذا تحديد من قابلية انتقال الالتزام من فاعله الموجبة - أي حوالة
الحق - ففقهاء الحنفية لم يسوغوا ذلك إلا بطريق الحوالة فقط .
فالشخص الذي له وعليه دين يستطيع أن يجبل دائنه على مدينه ، ولكنه
لا يستطيع أن يبيع دينه بيعاً لأحد غير المدين^(١) .

= فيكون الثمن ديناً مشتركاً بينهما ، أما لو باعه كل منها حصته بمقدار مستقل فلا
شركة بل يختص كل بدينه . وقد تقدم ذكره وبياناه في عدة مناسبات من الجزء
الأول من المدخل الفقهي العام (ر : ف / ١٦ و ١١٥) .
(١) - والحوالة ليست بيعاً للمدين ، وإنما هي نقل غير نهائي للمطالبة به
(في حوالة الحق) ، أو للالتزام بأدائه (في حوالة الدين) . فان تعذر قبض =

وهذا مأووم بعض الباحثين أن حوالة الحق في الفقه الاسلامي ، وخاصة في الاجتهاد الحنفي ، غير جائزة كما تقدم . (ر : ف / ٣٧) .
وقد قدمنا هناك بيان الفرق بين البيع وطريق الحوالة في هذا الموضوع ^(١) .

٥ - عقد الحوالة لا يجري الا في الديون دون الاعيان ، لان الاعيان ما لا تستوفي بذواتها لا بأمانها كما تقدم .

ولكن الاعيان يمكن أن ينسب صاحبها غيره في قبضها إضافة .

٦ - الديون يجري فيها التقاض :

ومعناه أنه اذا ثبت للدين عند الدائن مثل ما للدائن عليه جنساً وصفة مع توافر شرائط مبسطة في موطنها من كتب الفقه امتنعت البطالة بينها فكأنما أصبح كل منها مستوفياً لدينه .

أما الاعيان فلا تجري فيها المقاصة . فلو كان لكل من شخصين عند الآخر عين مقصوبة وهما متاثلتان كان لكل منها أن يطالب الآخر بالعين التي تخصه

= الحوالة يرجع الحال على المبدأ كما تقدم ايضاحه في الباب الاول (ر : ف / ٣١) .

(١) - يجب أن يلاحظ في هذا الصدد ان نصوص القانون المدني الجديد (وقوله المادة / ٥٤ / من قانون الاصول الحقوقية السابق) لدينا تقتضي صحة بيع الدين لغير من هو عليه في جميع صوره من مخرجة أو غيرها ، لان الناس تمارفوا اعتبار الديون أموالاً يتعاقدون عليها كما تقدم .

وهذا أيضاً مقتضى نصوص القانون التجاري في اسلوب حوالة اسناد الامر وهو ما تدعو اليه الحاجة التجارية .

(٧) - الديون انما تقضى بامثالها على سبيل التقاص ، أما الاعيان فانما تستوفى بقواتها .

(ر : رد المحتار أو آخر فصل التصرف في البيع والتمن والخط منها ، وفي أوائل باب الوكالة بالحصومة والقبض) .

وليضاح ذلك : أن الدين في الذمة هو تكليف شاغل لها وليس متعلقاً بمال معين للوفاء منه . فإذا وفى المدين دينه فليس معنى ذلك أن الدين الذي كان في ذمته قد سقط . بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائناً لدائنه بمثل دينه^(١) ، فيقع التقاص ويتمتع المطالبة بينها لعدم فائدتها ، إذ لو طالب أحدهما الآخر حق للآخر مطالبة بالمثل - (ر : رد المحتار ، كتاب الأيمان ، ٣ / ١٣٨) .

وقد رتب الفقهاء على هذا صحة الإبراء بعد الوفاء لأنه يلاقي ديناً قائماً في الذمة . فلو أبرأ الدائن مدينه إبراء إسقاط من بعد ما استوفى منه الدين حق المدين أن يستعيد من الدائن ما كان استوفاه منه ، لأن ما ثبت للمدين بالوفاء في ذمة الدائن لم يبق له مقابل للدائن في ذمة المدين بعد الإبراء ليدوم حكم التقاص .

ولو كان الدين يعتبر بالوفاء ساقطاً سقوطاً والذمة منه فارغة لوجب إلغاء الإبراء بعده ، إذ لا يمكن إسقاط الساقط أو قريغ الفارغ لأنه من قبل تحصيل الحاصل (ر : الأشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية المحوي ، الفن ٣ ص ٢٠٩ و ٢١٠) .

أما الأعيان فلا يتأتى فيها هذا الاعتبار ، إذ العين التي يستحقها أحد بسبب من الأسباب إنما يستوفى ممن هي في يده بذاتها ، لأنها متعينة وليس محلها الذمة حتى تقضى بمثلها ، وانما محلها اليد التي هي في حوزتها .

(١) - وذلك نظير طريقة الحساب الجاري في المعاملات التجارية .

(٨) - الإبراء انما يتعلق بالديون ولا يتعلق بالاعيان (الدر المختار)

فصل التصرف بالمبيع والثمن) .

وذلك لأن الإبراء إسقاط ، وملكية الاعيان لا تقبل الإسقاط - كما
أوضحناه في نظرية الملكية من الجزء الاول - ولما قبله طائفة من الحقوق منها
الديون .

وعلى هذا فرع الفقهاء فروعاً كثيرة ، منها أن المقصود منه إذا أبرأ
الغاصب عن العين المقصوبة فانما يبرأ عن ضمانها فقط ولا يملكها ، فبقى أمانته
في يده للمالك .

ومنه ما لو أبرأ المودع الوديع عن عين الوديعة لم يكن لهذا الإبراء
من حكم .

أما لو هلك المقصوب في يد الغاصب فأصبح ملتزماً بقيته أو مثله ،
فان إبراءه عما ثبت في ذمته يصح ، لأن التزامه أصبح ديناً ، والديون يسقطها
من الذمم الإبراء .

وقالوا : ان البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن الذي في ذمته صح
الحط ويلزم المشتري بالباقي فقط ، بخلاف ما لو حط المشتري عن البائع بعض
المبيع المعين ، فان الحط لا يصح ، لانه إسقاط لا يجري في الاعيان (الدر المختار
كتاب البيع ، فصل التصرف بالمبيع والثمن) .

(٩) - ان الدعوى بالعين لا تقام الا على ذي اليد (م / ١٦٣٥) .

لأن الأعيان لا يمكن أن يكلف بتسليمها من ليست في حوزته . أما الدعوى بالدين
فانها يمكن ان ترفع على غير المدين ، لامكان وفاء الدين واستيفائه من غير المدين
الاصلي فإذا أصبح الشخص مسؤولاً بدين غيره لسبب من الاسباب الشرعية
جاز للدائن مطالبته قضاء كما يطالب المدين الاصلي : فيطالب بالدين المكفول

والكفيل ، وبطالب بقية المصوب الغاصب وغاصب الغاصب ومن في حكمه كالشترى من الغاصب اذا أثلف المصوب^(١) (ر : ف/٦ / والمجلة / ٩١٠) غير أن تضمين غاصب الغاصب يستقر عليه ، أما تضمين المشتري من الغاصب فيسوغ له الرجوع على الغاصب .

(١) - اذا قدارت الايدي المصوب فهلك ، فان المالك تضمين مثله أو قيمته أياً شاء من الغاصب الاول ، أو غاصب الغاصب ، أو من في حكمه كالشترى منه . وإما اذا كان غير هالك . بل قائماً عند ذي اليد الاخيرة فان ذا اليد غير مسؤول بالضمان بل بالعين مادامت عنده . كما أن غير ذي اليد من الغاصبين ومن في حكمهم غير مسؤول بالعين لخروجها من يده ، بل هو مسؤول بضمانها .

وعلى هذا فللمالك الخيار بين أن يتبع العين فيدعي بها على ذي اليد الاخيرة فقط ، وان يتركها فيدعي بضمانها على أي غاصب خرجت من يده لانه مسؤول بمجرد القصد . وهذا ما يوجب به نص المادة / ١٦٣٥ / من المجلة ؛ فان دعوى الضمان بالقيمة على الغاصب الاول صحيحة وان كانت العين المصوبة في يد غاصب الغاصب (ر : مرآة المجلة نقلاً عن النوع الخامس عشر من دعوى « البرازية » ؛ وشرح المجلة للاتامي نقلاً عن جامع الفصولين ؛ وكذا شرح سليم الباز تحت المادة / ١٦٣٥) .

وقد جرت في هذه القضية مناقشة في مصر بيني وبين جماعة من كبار الاساتذة الفقهاء : فقد كان رأيهم ان المصوب مادام قائماً غير هالك في يد الغاصب الاخير او من في حكمه كالشترى من الغاصب فان حق المالك المصوب منه منحصر شرعاً في تتبع العين فقط ، فيدعي بها على ذي اليد الاخيرة ، وليس له ان يختار تركها وتضمين الغاصب الاول مثلها او قيمتها ، لان الموجب الاصيل له العين ، وانما التضمين خلف عنها فلا يصار اليه مع وجود العين .

وقد اجبتهم بأن هذا صحيح بالنسبة الى ذي اليد ، فلا يدعى عليه بالتضمين مع وجود العين المصوبة في يده . فاما بعد خروجها من يده فيجوز للمالك =

١٠ - نتائج فروعية أخرى :

هذا ، وان هناك احكاماً فروعية سوى ما تقدم من القواعد والاسس في ثمرات التفرقة بين العين والدين يعسر استقصاؤها :
فمن ذلك مثلاً ان الاقرار قد يعتبر ماساً بحق العير فلا ينفذ ، او يعتبر

=تضيئه ، ولا يمنع من ذلك وجود العين في يد غيره ، فان الغاصب الاول مسؤول بمجرد الغصب ، ولا تسقط مسؤوليته بخروج المقتصوب من يده بغصب او بيع او غيرها ، وانما تتحول من مسؤولية بالعين الى مسؤولية بالضمان ، لان دعوى العين لا تقام الا على ذي اليد . فيكون المالك مخيراً بين تتبع العين لدى ذي اليد الاخيرة ، وبين تضيئه اي غاصب خرجت العين من يده .

على انه لو انحصر حق المقتصوب منه في تتبع العين لدى ذي اليد الاخيرة لضاع حقه ، إذ قد ينقلها هذا الى بلد آخر او يعطيها شخصاً آخر كما ادعى بها المالك فتستعصى خصوصته . وهذا خلاف منطق الاحكام الفقهية .
ثم وجدت النصوص الآتفة الذكر كما قلت .

وبهذه المناسبة اذكر انه وقع خطأ في نقل المادة / ١٦٣٥ / من المجلة في بعض نسخ المتن والشروح ، فقد نقلت في شرح الباز وشرح الاستاذ سعيد المحاسني بالنص التالي :

« الخس في دعوى العين هو ذو اليد فقط . مثلاً اذا غصب أحد فارس الآخر وباعه لشخص آخر ، واراد ما حاب الفرس استرداده فلا يدعيه الا على الشخص الذي هو ذو اليد . وأما اذا أراد ذو اليد تضيئه فيسته فيدعي ذلك على الغاصب » ا هـ .

وصواب العبارة هكذا دوأما اذا أراد تضيئه قيمته ، أي أراد صاحب الفرس (لا ذو اليد) ، وهو الموافق بالحرف للأصل التركي المترجم عنه المنقول في مرآة المجلة .

قاصراً أثره على المقر فينفذ ، وذلك بحسب اختلاف تعلقه بعين أو دين .
فقد نص الفقهاء على أنه : لو ادعى شخص أنه وكيل عن دائ غائب يقبض دينه ، فأقر المدين بوكالته ، يؤمر بدفع الدين إليه عملاً باقراره .
أما لو اودع أحد شيئاً عند آخر وغاب ، فادعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديته ، فأقر له الوديع بالوكالة فإن مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين أن يلزم الوديع بتسليم الوديعة إليه .

لكن الفقهاء تركوا هذا القياس الظاهر ، وقرروا بطريق الاستحسان عدم إلزام الوديع بتسليم الوديعة إلى زاعم الوكالة ولو كان الوديع مقرراً بوكالته ، ذلك لأن حق المودع في وديته حق عيني وهو الملكية المتعلقة بعينها . ومن المحتمل أن يحضر وينكر التوكيل بالقبض ، فتكون وديته قد ذهبت وربما لا يمكن استردادها .

بجلاف صورة الدين ، فإن حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين ، لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين إلى زاعم الوكالة بالقبض . فإذا حضر الدائن فأنكر التوكيل المزعوم يتبين أن الدفع السابق لم يكن وفاء صحيحاً للمدين ، لعدم ثبوت وكالة القابض ، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين ، فيكلف بالدفع ثانية إلى الدائن ، وله حق الرجوع على القابض لباستمرضه مادفعه إليه .

وليضاح ذلك أن عملية وفاء الدين بالنظر الفقهي وفي الواقع هي أن المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين ، ولا يعيد إلى الدائن عين ماله الذي استدان منه . وهذا معنى أن للديون تقضى بأمثالها كما تقدم باقراره بوكالة القابض هو أقوار على نفسه ، فينفذ عليه ويقضى عليه بموجب . فإذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرط في مال نفسه باقراره لزاعم الوكالة .

أما الوديعة فلأن حق مالها متعلق بعينها ذاتها لا بذمة الوديع يكون

إقرار الوديع بوكالة قبضها إقراراً بلزوم تسليم مال غيره الى شخص ثالث ، فهو إقرار على غيره لا على نفسه ، والاقرار حجة قاصرة لا يسري على غير المقر .
فلو انقضاءه هنا كان تقيطاً في حق المالك المودع بمجرد اقرار الوديع (ر : ج ١ ف / ١٦ و ٦٦٧ / والدر المختار ورد المختار ، باب الوكالة بالحصومة والقبض ٤ / ٤١٣ - ٤١٤) .

وهذا في الحقيقة من الصور الدقيقة في تميز الفقهاء بين عينية الحق وشخصيته مما سلف إيضاحه في الفصل الاول (ر : ف / ١٥) .

المبحث الثالث

نظرية الذمة وخصائصها في نظر الفقه الاسلامي

١١٧ - « إن فكرة الدين ، كما رأينا ، تتركز في الواقع على فكرة الذمة » .

وهذه المناسبة رأينا أن نبعث هنا عن الذمة بحثاً يكشف عن حقيقتها وخصائصها كشفاً ضرورياً ، ويمجلي بعض اشتباهاً للانظار فيها .
إن لفظ « الذمة » في الفقه الاسلامي يفيد معنى الوعاء الاعتباري الذي يعم الديون الثابتة على الانسان ^(١) .

(١) - قد يستعمل أيضاً مرادفاً للالتزام التقدي خاصة فيقال : ان فلان على فلان ذمة ، أي أداء مبلغ من النقود .
وقد يتساهلون في استعمال لفظ « الذمة » فيريدون به معنى أهلية الوجوب التي تكون للشخص ، أي صلاحه لثبوت الحقوق له وعليه ، وسننبه الى ذلك ونتقدمه .

وهذا المعنى الشرعي للزمة قائم على أساس معناها اللغوي في العربية .
فالزمة والذمام في أصل اللغة بمعنى العهد ، وسمي بذلك لأن نقضه يوجب
الذم . ومن ذلك قول النبي ﷺ في حديث شريف :
« المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسمى بذمتهم أدقاهم » .

أي إذا أعطى أحد المسلمين عهداً للعدو بالأمان سرى ذلك على جميع
المسلمين فليس لهم أن يخفروا عهده . ومن ثم أيضاً كان من يستوطنون في دار
الاسلام من غير المسلمين على عهد معهم بالأمان ، يسبون ذميين أو أهل الذمة
أي أهل العهد والأمان . (ر : النهاية لابن الاثير) .

ولما كان على الانسان الرفاه بذمته وعهده كانت الذمة بمعنى العهد كانت
منشأً الاستحقاق بالنسبة الى الطالب أي صاحب الحق ومنشأً الالتزام بالنسبة
الى الملتزم المسؤول بالحق ، وكانت الذمة بهذا المعنى منوطاً للطلب ، فحينما
توجد ذمة وعهد يتوجه الطلب .

ثم اعتبرت عللاً للواجبات المالية والدينية على السواء .
وهذا هو أساس استعمالها عند فقهاء الشريعة في معناها الاصطلاحي ، فهر
يتصل بذلك المعنى اللغوي اتصالاً وثيقاً .

١١٨ - فقد تعاويف الفقهية الماثورة للزمة ، والفرق بينها
وبين الاهلية .

اختلف الفقهاء وعلماء الفقه في مختلف المذاهب في تعريف الذمة . ومما
عرفوها به أنها :

« وصف شرعي يصير به الانسان اهلاً له وما عليه » .
(تنقيح الاصول ، لصدر الشريعة ١٥٢/٣) .
وقيل أيضاً أنها :

« أمر شرعي مقدور وجوده في الإنسان يقبل الالتزام والالتزام »
(حاشية المحوي د على الأشباه والنظائر ، ، الفن ٣ ص / ٢١٠) .

ومعنى ذلك أنها شيء أو وصف افترضه الشارع وتقديره في الشخص ، به
يصبح قابلاً لأن يكون ملتزماً أو ملتزمة له ، أي مستحقاً أو مسؤولاً ،
وقابليته لذلك هي أن يصير صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات .

وهناك عدة تعاريف أخرى للذمة ذكرها فقهاء المذاهب قريبة في المآل
من هذين التعريفين (ر : كتاب « الحق والذمة » للشيخ علي الحقيف
ص / ٨٦ / الطبعة الأولى) .

وهذه التعاريف وأمثالها الذمة إنما تجنح بها كما نرى الى شاطئيه الأهلية ،
أهلية الوجوب ، فان الأهلية شرعاً نوعان .

— أهلية وجوب ، وهي قابلية الإنسان لأن تثبت له أو عليه .

— وأهلية أداء ، وهي صلاحية الشرعية لممارسة الأعمال بحيث تصح
تصرفاته .

أما الذمة في الحقيقة ، فانما تدل على معنى الظرفية المقدرة في الإنسان
لاستيعاب ما يثبت عليه من حقوق .

وايضاح ذلك : ان أهلية الوجوب في الإنسان ذات عنصرين ، وهما :

— قابليته لثبوت الحقوق له ، أي صلاحيته للالتزام .

— وقابليته لثبوت الحقوق عليه ، أي صلاحيته للالتزام .

(أ) — فتاحية ثبوت الحق للإنسان تتوقف على أهلية فيه لأن تجب له
حقوق أي على العنصر الأول من أهلية الوجوب . وهذا العنصر يثبت له منذ
كونه جنيناً في بطن أمه بإجماع الفقهاء ، ولا يستدعي وجوب ذمة
مقدرة في شخصه ، لأن الحق له لا عليه .

ب) - وأما ناحية ثبوت الحق على الشخص ، أي ناحية الالتزام فانها خانها تتوقف على أمرين اثنين :

- أحدهما : أهلية في الشخص لان نجب عليه حقوق أي قابلية التحمل ، وهو العنصر الثاني من اهلية الوجوب . وهذا يثبت له منذ ولادته حياً^(١) .

- وثانيها : محل مقدر يتسع لاستقرار تلك الحقوق فيه . أي ظرف اعتباري منتزع من شخص الانسان تشغله تلك الحقوق حال ثبوتها ، ويفرغ منها بسقوطها .

وهذا الامر الثاني ، أي المحل ، هو المعنى الحقيقي لكلمة « للذمة » فقهاً ١١٩ - وهذان الامران اللذان يتوقف عليهما تصور الالتزام هما متلازمان في الوجود متغايران في المفهوم ، فانه يلزم من كون الشخص اهلاً لتحمل الحقوق ان يكون في شخصه مستقر ومستودع لها ، وبالعكس .

فتي اعتبرت للشخص اهلية التحمل شرعاً اعتبرت له ذمة ، ومتى اعتبرت له اهلية تحمل ، ولكن ليست تلك الاهلية هي الذمة نفسها ، تلك الاهلية هي الذمة نفسها ، بل بينها من الفرق ما بين معنى القابلية ومعنى المحل .

دليل هذا للتغاير من نصوص الفقهاء :

وبدل على ان هذا التغاير مع التلازم بين مفهومي الذمة واهلية التحمل ان الفقهاء في عباراتهم انما يصورون الحق والذمة في صورة الشاغل والمشغول فيقولون : « ان ذمته مشغولة بكذا » ويقولون : « ان الدين في الذمة وصف شاغل لها » (ر : ف / ٦١) .

(١) - وهذا يكمل فيه معنى اهلية الوجوب بعنصرها ، أي قابليته . ثبوت الحقوق له وعليه . اما اهلية الاداء فتظل معدومة فيه حتي سن التمييز التي تبدأ فيها اهلية الاداء ناقصة ، ثم تتكامل ببلوغ الرشد .

فهذا يفيد ان الذمة غير أهلية الوجوب التي هي مجرد قابلية . فلا يصح ان يقول مثلاً : ان اهليته او قابليته مشغولة بالدين ، .

فالذمة في اصطلاحهم انما تشعر بمعنى الظرفية الاهلية وان كانت متلازمين وجوداً .

وقد نذبه بعض المحققين من الفقهاء والاصوليين الى هذا التغاير بين مفهومي الذمة واهلية الوجوب ، فبما في كلامهم ما يشير اليه وان لم يوضحوه قصداً يبحث مستقل .

فقد جاء في اصول فخر الاسلام البزدوي وشرحه للشيخ عبد العزيز البخاري (٢٣٨/٤) مانصه :

« ان الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب باجماع الفقهاء . اما اهلية الوجوب ^(١) فهي بناء على قيام الذمة ، اي لا تثبت هذه الاهلية الا بعد وجود ذمة صالحة ، لان الذمة هي محل الوجوب ، ولهذا يضاف اليها ولا يضاف الى غيرها بحال ، هـ .

اي انما يقال : ثبت الدين في ذمة فلان ، ولا يقال ثبت في اهليته كما بيناه آنفاً . فقد افاد كما ترى ان الذمة اساس لاهلية الوجوب ، فيها اذن مفهومان متغايران .

وذكر البزدوي ايضاً بعد قليل في الصفحة /٢٣٩/ :

(١) - المراد العنصر الثاني من هذه الاهلية ، وهو قابلية الالتزام الذي تتكامل به اهلية الوجوب ، لان العنصر الاول وهو قابلية الالتزام ثابت قبل المجنين في بطن امه باجماع الفقهاء كما تقدم آنفاً .

ان ولي الطفل اذا اشترى بحكم ولايته شيئاً
له بعد ولادته فان الطفل يملكه ويلزمه
الثمن ، اما قبل الولادة فلا لأنه كالجزء من امه
فليس له ذمة مطلقة ، فيكون صالحاً لان
يجب الحق له ، لا لان يجب عليه .

اي انما يثبت الحق له قبل الولادة لان العنصر الاول من اهلية الوجوب
(وهو قابلية الالتزام) يثبت للجنين منذ علوقه في بطن امه كما تقدم بيانه .
ولم تثبت عليه الحقوق ، لان العنصر الثاني (وهو قابلية الالتزام) مبني على
قيام الذمة ، وهي لا توجد فيه الا منذ الولادة كما نقلناه عنه آنفاً (١) .

(١) على ان كلام بعض الاصوليين لا يخلو من اضطراب في هذا المقام .
فبينما نجدهم يصرحون بأن « أهلية الوجوب تعتمد على قيام الذمة » ، كما يفيد
التغاير بينها اذا بهم أنفسهم يقولون : « ان للانسان قبل الولادة ذمة صالحة
لوجوب له لاهيه ، وبعد الولادة له ذمة صالحة للوجوب له وعليه » فيستملون
« الذمة » بمعنى أهلية الوجوب بعنصرها الذين اوضحناها . ويعطى صاحب
« مودة الاصول » ذلك بما خلاصته : « ان الله قد ميز الانسان عن سائر
الحيوان بخصوصية من قوى ومشاعر كانت سبباً في أهليته لوجوب أشياء له
له وعليه ، فتلك الخصوصية هي المراد بالذمة » (مرآة الاصول شرح مرقاة
الوصول للعلامة منلاخسرو ، بحث المحكوم عليه ص / ٣٢١) فخرج بالذمة عن
معنى الأهلية في الانسان لحقوق غيره عليه الى معنى القوة والخصائص الاعدادية
التي تجعل الانسان أهلاً لثبوت ماله وما عليه . ولذا اوردوا عليه ان هذا
المعنى عندئذ يشبه بمعنى العقل ، وبنافي قول الفقهاء : ثبت في ذمة فلان كذا .
فكل ما يصادف من هذا القليل في اضطراب العبارات عن الذمة منشؤه
تساهل بعض العلماء وتوسمهم في استعمال لفظها ، وغفلة بعضهم عن حقيقة معناها
الفقهية لصانها الوثيقة بالأهلية .

ولذلك قلنا في صدر بحثنا : ان الذمة هي وعاء اعتباري يستوعب الديون التي تثبت على الانسان . فلا ارتباط له إلا بالعنصر الثاني من عصري اهلية الوجوب ، دون العنصر الاول ، لأن الظرف انما يحتاج إلى تقدير وجوده للشخص فيما عليه لا فيما له .

١٢٠ - تعريف الذمة بأنها « وصف او معنى شرعي مقدر في الانسان يقبل الإلزام والالتزام ، او يصير به أهلاً لوجوب ماله وما عليه ، هو ذهاب بالذمة إلى معنى اهلية الوجوب بعنصرها .

وأبعد من هذا عن النظر السديد ما بينته القرافي من قهء المالكية في كتابه « الفروق » (٣ / ٢٢٦) بعد ما عرف الذمة بنظير تلك التعاريف ، إذ قال : « وهذا المعنى يجعله الشارع مسبباً عن اشياء خاصة منها البلوغ ، ومنها الرشد : فمن بلغ سقيماً لازمة له . ومن حبر عليه فقد ذمته كالفلس ، الخ . . (ر : كتاب « الحق والذمة » ، ص / ٨٦) .

فقد ذهب القرافي بالذمة الى معنى أهلية الاداء الكاملة التي تشرط لصحة التصرفات ونفاذها ، وتوقف على البلوغ وتسلخ بالحجر ، اذ من المقرر أن كلاً من المفلس والمجبور والطفل الوليد غير المميز يتمتع بأهلية وجوب كاملة تثبت بعقضاها الحقوق له وعليه : فيوث ، ويملك ما يوجب له ، ويضمن قيمة ما يتلف ، وتجب عليه النفقة لو غنياً .

فقوله بأن الصغير والمفلس المجبور عليه لدين لازمة لهم معناه ليس لهم أهلية أداء تصح معها تصرفاتهم .

وهذا ابعد مايكون عن معنى الذمة ، ولعله اصطلاح للمالكية .

١٢١ - الذمة حقيقة اعتبارية لامادية :

ان النصوص التي نكّلناها وناقشناها في تعريف الذمة شرعاً كلها متفقة على

أن الذمة هي أمر مقدر وجوده في الانسان ، ومفترض له افتراضاً .
وهرباً من هذا الافتراض التجأ بعض الفقهاء الاصوليين الى القول بأن
الذمة ليست سوى نفس الانسان ، فقال فخر الاسلام البزدوي : « ان الذمة
نفس لها عهد » .

ثم اوضحه بأن ذلك من قبيل المجاز باطلاق اسم الحال ، وهو العهد على
المحل ؛ أي نفس الانسان . ثم شاع هذا الاستعمال فأصبح حقيقة عرفية .

(ر : كشف الاسرار شرح اصول البزدوي ٢٣٩/٤) .
والمقصود بهذا الرأي جعل الذمة أمراً ذا وجود مادي ، حتى لا تكون
الاحكام الشرعية مبنية على شيء افتراضي لا وجود له .

والواقع ان هذا التأويل لم يخرج اصحابه عن الافتراض ، لأن تعلق
الديون بنفس الانسان ليس الا تعلقاً اعتبارياً ، وانما تحولوا به من افتراض المحل
الى افتراض التعلق .

وذهب آخرون الى أن تقدير الذمة من الأوهام والتهرات ، وان الذمة
في لسان الفقهاء لم تخرج عن أصل معناها اللغوي وهو العهد ، فليس معنى قول
الفقهاء : « ثبت في ذمة فلان كذا » إلا أنه ثبت بعهد . او فيما تعهد به او التزمه .
ويكفي لثبوت الواجبات أن الشارع كلفه بها .

ولكن الشيخ عبد العزيز البخاري رد هذا القول في كتابه كشف الاسرار
(٢٣٨/٤) وقال انه مخالف للاجماع .

ورجعه الرد أن هذا ينتقض بالصغير والمجنون الذين لا يصح منها عهد مع
ان الحقوق تثبت عليهما ولو لم يكن لهما مال ، فلذا استوفى منها متى امتلکا مالا .
فتقدير ذمة الشخص على أنها محل لثبوت الحقوق عليه امر لامندوحة عنه .
وليس ذلك من قبيل بناء الاحكام على افتراض وهمي بل هو أمر تقتضيه استقامة

منطق الاحكام ، ويتطلب تخريجها وتأصيلها .
ويدل ذلك على ان الشرائع الوضعية ايضاً تفترض وجودها .
(و : الحق والذمة ص / ٨٩ - ٩٠) .

١٢٢ - أقول : ان هذا الافتراض في الذمة يتوقف عليه ايضاً عمل
التشريع في بناء بعض النظريات والاحكام الهامة :

(أ) - فصحة التزام الانسان بما لاحد له من الالتزامات والديون دون
نظر الى قدرته وثروته ، وكذا صحة تصرفاته بماله ولو باخراجه عن ملكه
عندما تكون عليه ديون مستغرقة لثروته ، كل ذلك يصبح سهلاً لتفسيره وقبوله
في التشريع بافتراض ذمة للانسان تكون عملاً واسعاً لثبوت الديون بلا حد ،
فتكون بيد الانسان في امواله حرة وغم ديونه ، لأن الديون عندئذ حقوق
شخصية مكانها ذمته ، ولا علاقة لها بعين امواله .

ولولا تقدير الذمة لوجب ان نعتبر الديون متعلقة بعين أموال المدين
وثروته فتشل حركته وهمايته الاقتصادية ، ولو كان دينه غير محبط بكل
ثروته ؛ لأن الجزء الكافي منها لوفاء الدين غير معين ، فلا مجال لمنع تصرف المدين
في بعض ماله واحلاقه في بعض لما يترتب على ذلك من مشكلات كبيرة في التمين
والتنخيص ، وهذا مخالف لمباني التشريع الاسلامي ، والوضعي القانوني .

(ب) - ونظرة الشخص الحكمي الآتي بيانا في الفصل الثالث انما تقوم
في الفقه الاسلامي والنظر القانوني على تصور شخصية مفترضة غير طبيعية تتمتع
بذمة مالية فتعتبر كالشخص الطبيعي في ثبوت الحقوق له وعليه . كما سرى هناك
فلولا قبول الذمة الافتراضية في الشخص الطبيعي لما أمكن تكوين الشخص
الحكمي بالنظر الحقوقي شرعاً ولا قانوناً ، لأن الشخصية الحكمية ذات الذمة
هي من اساسها افتراضية اعتبارية ، وليست حقيقة ذات وجود خارجي .

ولا ينبغي ان فكرة الشخصية الحكية أساس في التشريع ، شأنها على الزمن وتطور الأوضاع الاقتصادية في تمكن واستحكام .

على أن افتراض الذمة تام الشبه بافتراض الشخصية الحكية نفسها فكما ساغ تشريعاً قبول شخصية مقددة لمؤسسة تتعلق بها مصلحة ، او الجمعية ، او شركة ؛ يسوغ كذلك قبول عمل مقدر في شخص الانسان تتعلق به الديون . وإذا كانت الشخصية الحكية ليست وهماً محضاً بل منتزعة من وجود مادي هو في المؤسسات ما تكون منه مصلحتها ، وفي الجمعيات والشركات أفرادها ، فإن الذمة ايضاً ليست امرأ وهمياً بل منتزعة وبمجرد من شخص الانسان :

فما دامت فكرة الشخصية الاعتبارية مقبولة بسل ضرورية في اساليب التشريع السديد ففكرة الذمة الظرفية كذلك .

وهذا الافتراض والتقدير الواجب في كلتا الفكرتين هو ضرب من الفعن الحقوقي في صياغة اساليب التشريع وبناءه النظري ، يستعان به في تقرير المبادئ والنظريات لأجل اتساق الاحكام وانسجامها ، بما يمتاز به تشريع عن آخر كما تقدم بمناسبة التمييز بين الحق الميني والشخصي (ف/٦٧) .

١٢٣ - التعريف الصحيح للذمة في نظر الفقه الاسلامي :

بعد ما اختلفنا من التطبيق في تحديد معنى الذمة الشرعي يمكننا تعريفها فقهاً كما يلي :

ان الذمة هي عمل اعتباري في الشخص
تشكله الحقوق التي تتحقق عليه .

فهي بهذا الاعتبار ذمة شخصية ، اي متصلة بالشخص نفسه لا بأمواله و ثروته ، وهي غير محدودة السعة والاستيعاب ، تثبت فيها الحقوق المالية وغير المالية مما كان نوعاً ومقدارها . فكما تشغل بمقوق للناس المالية تشغلها ايضاً

الامال المستحقة كعمل الأجير ، وتشغلها الواجبات الدينية من صلاة وصيام
ونذور وغيرها .

١٢٤ - خصائص للذمة :

والنظر في الاحكام التي أثبتها فقهاء الاسلام في الذمة يوصل الى ان لها
عدم الخصائص التالية :

(الخاصة الاولى) - ان الذمة لا تثبت الا لشخص مستقل ، سواء
اكان شخصاً طبيعياً او حكماً .

فيتفرع عن ذلك :

(١) - أنه لا ذمة للحيوانات والبهائم كما انها لا أهلية لها . فلا تثبت عليها
حقوق^(١) كما أنها لا تثبت لها . فلو أوصى لها انسان أو وقف عليها لا يصح اذا
كان مراده تملكها هي لا تملك مالها . فاما اذا أوصى بالانفاق عليها كما لو
أوصى بملف تملف منه فبائز عند الحنفية لأنها في الواقع وصية للمالكها لأن
نقلتها عليه ، حتى ان هذه الوصية تم بقبوله وترتد برده وله أن ينقلها على غير
الدابة من شؤونه (رد المحتار ، من الوصايا) .

واجتهاد الشافعية أيضاً كذلك ، الا أنهم في هذه الحال يوجبون صرف
النفقة الدابة التي خصصها الموصي ، لا لشؤون اخرى (ر : كتاب الحق والذمة
ح / ٩٦) أي احتراماً لارادة الموصي لا استحقاقاً للحيوان .

(٢) - ان الجنين من الانسان في بطن أمه لا ذمة له لأن شخصيته غير
مستقلة ، بل هو جزء من أمه تابع لها مهياً للانفصال والاستقلال .

(١) - في القانون الروماني كانوا يحاكمون البهائم ويحكمون عليها ،
وظل ذلك في فرنسا أيضاً الى القرن الثامن عشر الميلادي ١١ .

فلا تثبت عليه حقوق^(١) لأن الذمة كما رأينا إنما تلازم في الوجود العنصر الثاني من عناصر أهلية الوجوب ، وهو قابلية الالتزام . والجنين لا يتمتع إلا بالعنصر الأول منها وهو قابلية الالتزام ، أي ثبوت الحقوق له فقط بشرط أن يولد حياً .

حتى أن عنصر الإلزام هذا قاصر فيه أيضاً فلا يثبت له من الحقوق سوى أربعة فقط : النسب ، والأرث ، والوصية ، والاستحقاق في الوقف .

ولذا قال الفقهاء لا تصح الهبة للحمل ، ولو اشترى الإنسان لحمه شيئاً لا يملكه الجنين فلا يجب في ماله عنه ، ولا تثبت ولاية أو وصاية عليه^(٢) لأحد (ر : المحوي على الأشباه الفن ٣ ص / ٢٠٢) .

(المخاصة الثانية) - أنه لا يوجد شخص مستقل الشخصية بلا ذمة خاصة به .

فالذمة من لوازم الشخصية . وذلك لما رأينا من أن الذمة تلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب ، وهو قابلية الالتزام ؛ وهذا العنصر يبدأ بولادة الإنسان حياً إذ تم بولادته أهلية الوجوب له وعليه .

وهذه الأهلية مناطها الصفة الانسانية فتلازم الانساق منذ وجوده ، بخلاف أهلية الأداء فإن مناطها العقل ، فلا تعتبر للإنسان قبل سن التمييز .

(١) - في الاجتهاد الحنبلي تجب نفقة الأقارب على الحمل إذا كان له مال ، (ر : القواعد لابن رجب ص / ١٨١) وعلى هذا تكون له عديم ذمة .

(٢) - في مصر سوغت المادة ٣ / من قانون المجالس الحسبية إقامة وصي على الجنين بناء على رأي فقهي . فهل يقتضي هذا توسيع أهليته وصحة تلكه بجهة ونحوها ، أو إدارة أمواله فقط ؟

فلذا لا يتصور أن يكون شخص مستقل بلا ذمة مادامت أهلية الوجوب تولد معه كاملة .

والشخص هنا أيضاً يشمل الطبيعي والحكمي ، فان للشخص الطبيعي يولد حراً ، والحكمي يولد اعتباراً عندما يتكون بمقتضى التشريع تكوناً صحيحاً ، كما سنرى في الفصل الثالث ، وجنثذ تولد معه الأهلية وتنشأ عنها الذمة أيضاً .

(الغاية الثالثة) - ان الذمة ليس لسعتها حد .

وذلك لأن الذمة ظرف اعتباري فينسح لكل ما يتصور من الحقوق .
(الغاية الرابعة) - ان الشخص الواحد ليس له سوى ذمة واحدة وذلك لأن له شخصية واحدة ، فلا حاجة بالشخص الى أكثر من ذمة واحدة لأنها تتسع لجميع الحقوق والديون .

(الغاية الخامسة) - ان الذمة لا اشتراك فيها ، فلا يكون للذمة الواحدة أكثر من صاحب واحد .

وذلك لأنه لو تعدد الأشخاص لكان لكل منهم الخصائص التي تقتضي له ذمة مستقلة . فلو تصورنا اشتراكهم في ذمة واحدة لكان كل منهم وحده لا ذمة له ، وهذا يمتنع لتلازم الشخصية والذمة .

(الغاية السادسة) - ان الذمة ضمان لكل الحقوق بلا ترجيح ، ولا يقتضي ذلك منع المدين من التصرف بأمواله .

وذلك لأن الذمة لا حد لسعتها ، إذ هي شرعاً مستقلة عما يملك صاحبها ، فتساوى فيها الديون ، ولا يكون سبق بعضها في الثبوت سبباً لترجيحها ، وما يثبت في ذمة الانسان من حقوق عليه لا يتقيد وفاؤها بنوع خاص من ماله أو

يجزه معين منه . فالديون متى استكرت في الذمة بسبب صحيح تساوت في احترامها وانتمى الترتيب ، وإلا لتمذر التعامل ، إذ لا يستطيع أحد أن يعرف ما على من يريد معاملته من ديون سابقة ليحكون على بصورة من رتبة دينه .

١٢٥ - على أنه يستثنى من ذلك بعض ديون يقرر الشرع لها امتيازاً ولتقدماً في الاستيفاء لبعض الأسباب الموجبة ، كما تقدم في بحث الحق العيني والشخصي^(١) .

هذا ، ولا استقلال الذمة عن مال صاحبها كان مطلق اليد في التصرف بحاله ييماً ومبة وغيرهما ولو كان مدينأ بأكثر مما يملك ، لأنه إن كانت ذمته مشفوعة بأمواله حرة .

ولو فرض المدين الدين المتأخر وأخر المتقدم صح الوفاء وملك الغايض ما قبض وليس اثره منازعته أو مقاسمته^(٢) .

ولكن اذا أصبح المدين مطلق بأموال المدين توقف تصرفه المضر بكلل الدائنين أو بعضهم ، كما في حال مرض الموت ، قالت المدين يدين مستغرق لأمواله يعتبر في مرض موته مجبوراً عن كل تصرف يضر بحقوق دائنيه فلا ينفذ وقته ولا تبرعه ، ولا وفاؤه لبعض دائنيه دون بعض ، ولا محاباته في غن ميبه الا اذا أجازها دائموه ، وذلك لضعف نشاطه الاكسابي فتضعف ذمته ، فتورث الديون بتطبيقها بماله إضافة الى ذمته صيانة لحقوق الدائنين ، فتصبح

-
- (١) - قد منا في بحث تسليم الحق المالي ان هناك حالات استثنائية يكون فيها لبعض الحقوق الشخصية امتياز على بعض شراً وقانوناً فلتظهر (ف/١٢) .
- (٢) - يلحظ هنا انه في الدين المشترك لا يستل أحد الدائنين بقبض حصته بل يقسمه فيها شريكه .

حقوقهم في هذه الحال شبه عينية كما تقدم في الفصل الأول (و : ف / ٢٤) .
على أن متأخري فقهاء الحنفية قد استحسنوا عدم نفاذ وقف المدين الا
غيا يزيد من أمواله عن وفاء ديونه فاعتبر مجبراً حكماً عن الوقف فيما يعادل
الدين من أمواله ، ولو كان وقفه في حال صحته لا في مرض موته . وبذلك
أفتى المولى أبو السعود مفتي الروم ، وذكر في معروضاته أنه صدرت به
الارادة السلطانية وذلك لكثرة لجوء المدينين الى تهريب أموالهم من وجه
الدائنين بطريق الوقف (١) .

(و : الدر المختار وود المختار ٣ / ٣٩٥) .

ولينظر في تفصيل الفقه الاسلامي عن تصرفات المدين التهريرية ما أوضحناه
في بحث عوارض الأهلية من المدخل للفقه العام ، (ف ١٦٢ / ١) وفي كتاب
د أحكام الاوقاف ، (ج ١ / ٩٠ و ٩١) .

١٣٦ - انهدام الذمة

ان ذمة الشخص ترافق حياته منذ ولادته كما تقدم ، وتهدم بعد وفاته .
ولكن هل تعتبر الذمة منهزمة بالموت فوراً أو باقية بعده الى حين ؟
هذا ما اختلفت الانظار الاجتهادية الفقهية فيه الى ثلاثة آراء :

(الرأي الاول) ان الذمة تنهدم بمجرد الموت ، لانها من خصائص
الشخص الحي . وثمرة الذمة حصة مطالبة صاحبها بتقريبها من الدين الشامل لها .
فبالموت يخرج الشخص عن صلاحية المطالبة فتهدم الذمة .

(١) - يلحظ في هذا المقام أيضاً ما يوجب القانون التجاري من بطلان
جميع تصرفات التاجر المفلس الواقعة خلال الأيام العشرة التي قبل بدء عجزه
الحقيقي بترفضه عن الدفع .

وعلى هذا ، إن توفي الشخص المدين دون أن يترك مالا ففقد ديونه
 السقوط . وإن ترك مالا تعلقت الديون بماله . وإلى هذا الرأي ذهب بعض
 الحنابلة (ر : القواعد لابن رجب ص / ١٩٣) .
 (الرأي الثاني) - إن الذمة تبقى بعد الموت صحيحة إلى أن توفي
 المدين وتصفى التركة ثم تنهدم الذمة .

ودليله ما ورد في الحديث النبوي :

« إن ذمة الميت مرتبة بدينه حتى يقضى عنه » .

ولما يخرج الشخص بالموت عن صلاحية المطالبة في الدنيا ولا يستلزم ذلك
 عدم بقاء الذمة وصلاحيتها لأن تشغل بالدين .

وورد أيضاً في الحديث صحة الكفالة بعد الموت بما على الميت المقتبس
 من دين^(١) .

وهذا دليل على بقاء الذمة وما فيها . ولذا يمكن أن تشغل بعد الموت
 بدين جديد متفرع عن سبب سابق ؛ وذلك كما لو باع الشخص شيئاً وتوفي فرد
 بعد موته بعيب ظهر فيه ، فإن ذمة الميت البائع تشغل بشئنه الواجب الرد .
 وكذا لو باع في حياته شيئاً من أسباب الضمان كمن حفر حفرة في الطريق العام
 ثم مات ، فتودي حيوان في الحفرة بعد موته ، فإن ذمة الحافر تشغل بضمان
 قبة الحيوان فتؤخذ من تركته .

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية (ر : حاشية الراملي على أسنى المطالب
 ج ١ ص / ٢٣٥) وهو رأي المالكية وفريق من الحنابلة أيضاً .

(١) - كما سنرى في بحث انتهاء الشخصية من أحوال الشخص الطبيعي في

الباب الثالث . (ر : ف / ١٦٨ - ١٦٩) .

ومتضى هذا الرأي ان يبقى الميث العنصر الثاني من أهلية الوجوب ، وهو قابلية الالتزام التي لا تتفك عن الذمة في الوجود . بل قد تنقل عن المالكية ما يقتضي بقاء العنصر الأول منها أيضاً وهو قابلية الالتزام . فقد قالوا اذا أوصى شخص لميت ، وان كان عالمياً بموته ، فوصيته جائزة ويصبح المال الموصى به من جملة تركته تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه ، ثم يكون لورثته ما بقي منه (ر : المعني لابن قدامة ٦ / ٤٣٦) .

فأنت ترى أنهم لم يصححوا الوصية للميت على انها تخليك لورثته وأماً ، بل اعتبروها تخليكاً للميت نفسه ، والا لاستحق الورثة جميع الموصى به دون أن تقضي منه ديون الميت وتنفذ وصاياه .

(الرأي الثالث) - أن الموت لا يهدم الذمة ولكن يضعفها كما يضعف أهلية الوجوب فلا تبقى الأهلية والذمة كما كانتا عليه حال الحياة ، وانما يبقى لهما من الصالح ما تقتضيه لضرورة اقتضاء لتسوية الحقوق وثبوت الأحكام التي لها أسباب في حال الحياة ، ولهذا الضعف الطارئ على الذمة الذي يعتبر مبدؤه من تأريخ مرض الموت توثق الديون التي على الميت بتملقها بماله تقوية لذمته ، وهذا مذهب الحنفية .

ومعنى ذلك أن الاصل انهدام الذمة وبطلان الأهلية بالموت ، وانما تعتبران مستمرتين بصورة استثنائية وبنطاق محدود ، بقدر ما تقتضيه ضرورة تصفية نتائج الاسباب السابقة ، للإثبات احكام جديدة ، اذ الضرورة تقدر بقدرها فلا يتوسع فيها .

١٢٧ - وقد دعاهم الى هذا التصوير ما يستدعي المنطق الحقوقي من ضرورة التوفيق بين ما يستلزمه الموت من الذمة والأهلية ، وما يستلزمه ثبوت بعض حقوق للميت وعليه من بقاء للأهلية والذمة ؛ كي ترد جزئيات الاحكام

التي اقتضتها المصلحة الى قواعد وأصول نظرية تتفرع عنها ويسهل تفسيرها بها .
فقد لخطراً أن الانسان يدخل في ملكه بعد موته ما لم يكن مالكا له في حياته ، كما أنه يعتبر ضامناً ومسؤولاً بما لم يكن ضامناً قبل موته . وذلك كمن نصب شبكة للاصطياد ومات فوق فيها حيوان فانه يملكه ، ويعتبر من جملة تركته . وعكسها تماماً قضية وقوع الحيران في الحفرة المحفورة في الطريق العام بعد موت الحافر المتسبب .

ففي صورة نصب الشبكة اكتساب الملكية بعد الموت ، فيعتمد بقاء جزء من أهلية الإلزام يثبت فيه حق الميت . وفي صورة الحفرة ثبوت ضمان على الميت بعد الموت ، وهذا يعتمد بقاء أهلية التزام له .
وكذلك مسألة فسخ المشتري للبيع بحكم خيار العيب بعد موت البائع ، فان فيها الزاماً والتزاماً للميت اذ تعود اليه ملكية ويستحق عليه ثمن ، فيعتمد ذلك بقاء أهلية ذمة . (ر : كتاب الحق والذمة ص/ ٩٣ - ٩٥) .

ولئن تصوراً من الممكن أن يعتبر في بعض هذه الصور ثبوت الملك بعد الوفاة انما هو للورثة وأساساً خلقية عن الميت ، فان هذا الاعتبار غير ممكن في حالة الضمان بسبب يرجع الى ما قبل الموت كصورة الحفرة ، لأن الورثة انما يختلفون الميت في استحقاق ما هو له لا في التزام ما هو عليه ، فهم غير مسؤولين بذمهم عن افعال المورث . فلذا يتعلق حق الغريم بالتركة . وان التعلق بها بسبب الضمان لا يكون الا عن طريق الذمة ، لأن مال الانسان غير مسؤول مباشرة عن فعل ضار ، هوجب تقدير بقاء ذمة الميت .

هذه نظرية الحنفية في بقاء الذمة بعد الموت ، وهي مبنية بناء استثنائياً على الضرورة منشأ وحدوداً . فاذا لم تكن ضرورة تلضي ببقاء الذمة بعد الموت وجب حينئذ أن تعتبر بالموت مهدومة معدومة .

وعلى هذا لا يصح أن يوصى الميت أو يوجب له .
وكذلك يقول أبو حنيفة بعدم صحة كفالة دين الميت بعد موته إذا لم
يترك مالا ، لأن دينه عندئذ كالساقط من الذمة لعدم إمكان المطالبة به .
وقال العاصبان والأئمة الثلاثة تصح هذه الكفالة لأن ذمة الميت مشغولة به
في الواقع . ودليل الفريقين مبسوط في الكشف على أصوله البزدوي (١/٣١٥) .

الذمة في نظر علماء القانون

١٢٨ — ان الذمة في الفقه الأجنبي مفهوم مختلف من ناحية عن مفهومها
في الفقه الاسلامي .

فالذمة في نظر علماء الحقوق الأوروبيين هي .

« مجموع ما ينحصر الشخص من امواله حاضرة ومستقبلية »
ويتكون هذا المجموع مما له من اموال وحقوق ، وما عليه من ديون
وتكاليف .

وهذا يسمى : الثروة ، او الذمة المالية ^(١) le patrimoine
ولا يراد منها معنى الفرق بين ماله وما عليه ، بل نفس ماله وما عليه .
ففي الذمة المالية عدم عنصران : عنصر ايجابي هو الحقوق ، وعنصر
سلبي هو التكاليف ؛ والذمة تتكون من العنصرين معاً .

(١) — ان كلمة « Patrimoine » الفرنسية مأخوذة من الكلمة اللاتينية :
« Patrimonium » ومعناها عند الرومانيين : المال الآتي من أحد الوالدين ،
لأنها عندهم مشتقة من كلمة pater بمعنى الأب (ر : معجم لاروس الفرنسي) .

وحاصل الفرق بين العنصرين يسمى : l'actif net .
فالذمة المالية بهذا المعنى المادي عندهم تزيد وتنقص . وقد تكون خالية
ليس فيها حقوق ولا تكاليفات كذمة الوليد الذي ليس له مال .
فليس معناها القنى ، بل ما يكون للشخص من حقوق وتكاليف موجودة
أو ممكنة الوجود ، كما تقدم .

فإذا مات تحددت ذمته فلا تزيد ولا تنقص ، وإنما تنتقل للورثة والمستحقين
باعتصارها ؛ ففي القانون الفرنسي يأخذ الورثة الحقوق إن شاؤوا الميراث ،
ويلزمونهم بالديون ^(١) .

١٢٩ - خصائص الذمة في الفقه الاجنبي :

وللذمة المالية عند علماء القانون الاجانب خصائص شبيهة بخصائص الذمة
في الفقه الاسلامي : فهم يقررون الخصائص التالية :

(١) - الذمة المالية مرتبطة بالشخصية فلا شخص بلا ذمة ولا ذمة بلا
شخص ، سواء أكان انساناً او شخصاً اعتبارياً وهي تكون للانسان منذ كونه
حياً في بطن أمه ^(٢) (ر : جوران ج ١ ف / ٦٤٩) .

(١) - حكم الشريعة الاسلامية في الميراث خلاف هذا ، فالارث فيها
جبري ليس للوارث رفضه . والورثة لا يلزمون بديون مورثهم ، وإنما توفي
ديونه وتنفذ وصيته النافذة من تركته ، وما فضل من التركة فلورثة . وقد
قدمنا بيان ذلك وحكمته في نظرية اسباب الملكية من الجزء الاول .

(٢) هذا خلاف ما يقرره الفقه الاسلامي : أن الحمل لازمة له ، وإنما
تتكون له ذمة منذ ولادته حياً كما تقدم ...

ومنشأ الاختلاف يرجع الى الاختلاف في ماهية الذمة كما سيأتي :
- فهي في الفقه الاسلامي محل يقدر في الشخص للديون والتكاليفات =

٢) - لا يكون للشخص الواحد الازمة واحدة .

٣) - الازمة مجموعة مالية قانونية ؛ او بتعبير آخر : هي وحدة مالية قانونية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها . فكل شخص ذمة مالية وان لم يكن له مال .

فالذمة عند علماء القانون ايضاً فكرة تصورية ، اي مفترضة مقدرة
{ ر : كتاب الاموال للاستاذ محمد كامل المرسى ، ف/٣ و ٤ } .

٤) - الازمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين .
فكلهم سواء في هذا الحق المشترك ، الا اذا كان لبعضهم ضمان خاص من
رهن او امتياز ؛ فتكون له الاولوية والتقدم .

٥) - الازمة تبقى بعد الموت محتفظة بوحدةها وشخصيتها في صورته تركة
حتى تصفى .

١٣٠ - موازنة بين النظرين الشرعي والقانوني :

يتضح من مقارنة معنى الذمة وخصائصها في الفقه الإسلامي وفي الفقه
الأجنبي أن النظرين الشرعي والقانوني الى الذمة يتفقان في ناحية ويختلفان في ناحية :
أ) - هما يتفقان في فكرة افتراض الذمة وفي معظم خصائصها :

فالذمة عند علماء القانون ايضاً هي فكرة مفترضة ومقدرة تتدرأ
للشخص ، وليست شيئاً مادياً محدوداً . وذلك لكي تعتبر الديون متعلقة بالذمة
المالية العامة المقدرة للشخص ، فلا تتعلق بعين أمواله فتمنع تصرفه بها .
قال الاستاذ محمد كامل مرسى في كتابه « الاموال » :

==والجنين لا تثبت عليه حقوق لأحد وانما تثبت له ، فلا حاجة الى تقدير ذمة له .
- أما في الفقه الاجنبي فالذمة مجموع مال الشخص وما عليه كما تقدم .
فللجنين ذمة مالية لأنه أهل للبلك ، وقد يكون له مال .

د ولولا نظرية الذمة المالية لوقع حق الضمان العام
 le droit de gage général الذي للدائنين على أموال
 الدين نفسها فتبقى مثقلة بهذا الحق الى حين انقضاء الدين .
 وهذا ثقل الاحتمال على الدين ويعيق^(١) تداول الاموال ،
 فيتلقي هذا الخطر بموجب فكرة الذمة المالية ، اذ بمقتضاها
 لا تصير أموال الدين نفسها ضماناً للدائنين ، وانما الذمة المالية
 هي التي تتحمل الضمان فيقع الضمان العام على مجموع الاموال
 من غير أن يستقر على أحدها ، وهو وان كان يخول الدائنين حق
 توقيع الجبوز ، غير أنه ، الى الوقت الذي تقع فيه ،
 تكون أموال الدين خالصة من كل مانع ، ويستطيع التصرف
 فيها ، ويحتج بتصرفاته على دائنيه ، الا اذا كان وقع منه
 غش fraude وبذلك تصان مصالح الدين ودائنيه معاً ، اهـ .

ب) - ولكن اذا كان النظران الإسلامي والأجنبي قد اتفقا في ان الذمة
 فكرة متصورة فانها مختلفان في ماهية هذا المفهوم المتصور لها :

فالفقه الاجنبي يتصور الذمة في صورة مال للشخص صالح لوفاء الدين .
 والفقهاء الاسلامي يتصورها في صورة محل مقدر في الشخص تثبت فيه الدين ،
 كما سلف بيانه .

فالذمة في الفقه الاسلامي هي ذمة شخصية .
 أما في الفقه الأجنبي فانها ذمة مالية يقوم مفهومها على أساس مادي هو
 أموال الشخص .

(١) - الصواب لغة : « يعوق » (ر : القاموس)

ولكن لما اعترضتهم مشكلة تعلق الدين عندئذ بعين أموال المدين وما يستوجه ذلك من شلل في حركته الاقتصادية التجؤوا الى طريقة الافتراض والتجريد التي سار عليها الفقه الاسلامي في نظرية الذمة ، فجردوا مفهوم الذمة ونقلوه من معنى أموال الشخص والتزاماته الحاضرة الى مجموعة حقوقه والتزاماته الحاضرة والمتوقعة ، أي كل ما يمكن أن يتكون له وعليه من حقوق والتزامات ، واعتبروا هذه المجموعة كياناً اعتبارياً مستقلاً عن أمواله القائمة . ولكنها بقيت في نظرهم عبارة عن مجموعة أموال الشخص الضامنة للدين . فلم يصلوا الى الخطوة الفنية التي خطها الفقه الاسلامي في اعتبار مفهوم الذمة أمراً شخصياً محضاً هو تلك المحلية الاعتبارية المقدرة في الشخص لاستقرار الحقوق عليه .

١٣١ - فلذا بقي في مفهوم الذمة القانوني شيء من الاضطراب وقلة الانسجام بين نظرين متنافرين : نظر مادي ونظر مجرد ، في موضوع واحد منظوره ، هو مالية الشخص .

فبينما يعرفون الذمة بانها « مجموع الاموال التي يختص بها الشخص من حقوق له وتكليفات عليه »^(١) ، تزام يعتبرون لهذه الأموال خاصية التجرد والاستقلال عن نفسها فكأنها مجموعة أموال أخرى متصورة للشخص ليست ما يملكه ، حالاً ولا ما سيملكه ، لكي لا تتعلق الحقوق بأعيان المال فتعبره .

وكذلك نرى شيئاً من التناقض في اعتبارهم التكليفات التي على الشخص من ديون والتزامات عنصراً من عناصر ذمته ، لأن الذمة عندهم هي نفسها ضمان وتوثيق عام لجميع الديون التي على الشخص ، ولذا ينزعون بها الى معنى أمواله لأن فيها ذلك الضمان الاعتباري .

(١) - كتاب « الأموال » الأستاذ محمد كامل المرسي ف / ٣ .

فعلى هذا تكون التكاليف والديون التي على الشخص هي نفسها مما يحتاج الى ضمان بالذمة ، فكيف تكون هي ضماناً لدين آخر نظيرها .

أما في الفقه الاسلامي فنظرية الذمة ، على ما أوضحناه ، منسجمة تمام الانسجام وفيها من التفقه ودقة التصور وفن التصوير الحقوقي ما يجعلها صالحة لتنسيق الاحكام ، وبميدة من أصلها عن مشكلة تعلق الدين بالمال :

– فلكون الذمة في الفقه الاسلامي شخصية تفتىء عن ظرف للديون مقدر في الشخص كان من السهل تصورها فيمن له مال ومن لا مال له .

– ولكون الدين إنما يشغل هذه الذمة الشخصية للمدين يبقى مال المدين حراً بطبيعة الحال ، لا علاقة للدين به ، فتكون يده فيه مطلقة في الاصل إلا أن يطرأ ما يوجب تعلقاً للدين بعين المال فيتقيد عندئذ تصرف المدين بماله فيكون تصرفه موقوفاً ، كما في حالة الرهن ، وحجز المال قضاء لحق الدائن . وكذا حالة مرض الموت ، إذ تقتضي تعلق الديون بأموال المريض كما تقدم ، فيتوقف تصرف المريض في أمواله بما يضر حقوق الدائنين ، لانتقطاع الأمل من نشاطه الاقتصادي واكتسابه .

الفرع السادس

في العين والمنفعة

اختلاف الاجتهادات في تقوم المنافع
بذاتها - ثمرات اختلاف النظريتين -
منافع المنصوب - نقد نظرية الحنفية .

١٣٢ - اختلفت الانظار الاجتهادية في المنافع هل تعتبر من الاموال
القيمية في ذاتها أو لا تعتبر كذلك ؟

فذهب الاجتهاد الحنفي الى أن المنافع ، في الأصل ، لا تدخل في حيز
الأموال ، وإنما هي ملك (ر : ف / ٦٩) وهذا جاءت المادة / ١٢٥ / من المجلة .
ووجهة نظرم في هذا أن المنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً ، ولها هي
أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن (البدائع - كتاب النصب
١٤٥/٧) ، فلا تعتبر ثروة من المال لأنها لا يمكن فيها الاحراز والإدخار .
وعن هذا وضع الاجتهاد الحنفي نظريته المشهورة :

« وان المنافع ليست ذات قيمة في نفسها وإنما ورد تقويمها
في الشرع بمقدار الاجارة على خلاف القياس للحاجة » .
(ر : الهداية ، فصل : « من غصب عيناً فقيها ») .
فلا تقسّم المنافع في غير الاجارة عند الحنفية لان القاعدة أن ما ورد
على خلاف القياس فقيمه لا يقاس عليه .

١٣٣ - وقد ذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي الى عكس هذه
النظرية فاعتبروا أن المنافع أموال متقدمة في ذاتها ، لأنها هي المقصودة من
الأعيان ، فان أمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها . وقد سوغ
الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح ، وإن المهر يجب أن يكون مالا ،
لقوله تعالى بمد تعداد محرمات النساء : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن
تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » .

١٣٤ - ثمرات اختلاف النظريتين :

وقد نشأ عن اختلاف النظر الاجتهادي في مالية المنافع وتقويمها في ذاتها

اختلاف في مسائل عديدة متفرعة عن هذه النظرية الاساسية ، مهما وأشهرها
نظرية ضمان منافع المصوب أو عدم ضمانها .

فالاتجاه الحنفي على عدم إزام الغاصب بضمان أجر المثل عن منافع
المصوب ، لأنها ليست مالاً مقوماً إلا استثناء بمقدار الاجارة ، ولا عقد بين
الغاصب والمصوب منه ، وإنما يضمن الغاصب قيمة العين أو نقصانها إذا تلفت
أو نقصت أو تعينت في يده . وعلى ذلك وردت المواد / ٥٩٦ و ٨٩١ و ٩٠٠ /
من المجلة .

وأما الاتجاه الشافعي والحنبلي فقد أخذ بالزام الغاصب بأجر مثل
للمصوب خلال مدة القصب ، سواء استوفى الغاصب منافعها أو عطلها .

١٣٥ - قال الامام أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي ، في
كتابه « تأسيس النظر » بياناً للاختلافات في هذه النظرية وما تفرع عنها :

« الاصل عند الامام القرشي أبي عبد الله محمد بن ادريس
الشافعي ، قص الله روحه ، ونور ضريحه ، ان المنافع بمنزلة
الاعيان القائمة . وعندنا بمنزلة الاعيان في حق جواز القصد عليها
لا غير - أي عقد الاجارة - وعلى هذا :

١ - قال علماؤنا ان من غصب داراً فسكنها سنين لا اجرة
عليه . وعند الامام الشافعي تجب عليه قيمة المنافع وهي الاجرة ،
كما لو غصب عيناً من الاعيان فاستهلكها فانه يضمن قيمتها .

٢ - وعلى هذا قال الشافعي ان الاجارة في المشاع جائزة
لأن المنافع عنده بمنزلة الاعيان القائمة ، ولو باع الانسان حصة
شائعة من العين جاز بيعه فكذلك الاجارة لأنها بيع المنافع .

وعندنا لا يجوز الإيجار في المشاع من الاجني^(١) . إما إيجار أحد الشريكين حصته الشائعة من الشريك الآخر فجاز .

٣ - وعلى هذا قال الشافعي ان الاجارة لا تلغ بالاعذار لان المنافع بجزلة الاعيان الثلاثة ، ولو باع شيئاً ليس له أن يتنضح للبيع بالعدو ، فكذلك هنا وعندنا تنضح الاجارة بالاعذار^(٢) .

٤ - وعلى هذا قال الشافعي : ان الاجارة لا تلغ بموت أحد المالكين . وعندنا تلغ^(٣) .

٥ - وعلى هذا قال الشافعي : ان الاجارة تلغ بنفس المالك بجزلة الاعيان المبيعة في وجوب ثمنها ، وعندنا تلغ ساعة فساعة ويوماً فيوماً^(٤) ، فيجب أن يسكن - أي المستاجر - من الانتفاع

(١) - الاجني هنا هو غير الشريك .

(٢) - كما لو استأجر دابة لسفر ثم عدل عنه ، أو طباخاً لفرس فمات المروس ففسخ الاجارة (ر : الجزء الاول ، ف / ٢٥١) .

(٣) - انظر ما تقدم في الجزء الاول في بحث انقضاء العقود (ف / ٢٦٢) . ووجه هذه النتيجة الاختلافية ان المنافع العقود عليها معدومة عند العقد وإلغائها تحدث آناً فآناً ، فإذا كانت الاجارة عند الحنفية بمثابة عقود مستمرة تجدد اعتباراً بين الملقدين بتجده حدوث المنافع . فبوت أحدهما لم يبق مجال لاقتراض تجديد العقد من جهته بخلاف الاجتهاد الشافعي الذي يرى ان المنافع العقود عليها كالأعيان الثلاثة ، وان الاجارة كبيع الاعيان من كل وجه .

(٤) - هذا اذا لم يشترط في عقد الاجارة خلافه . فلو اشترط تعجيل الاجرة كلها أو بعضها أو تقسيطها اتبع الشرط (المجلة / ٤٧٣) : فان لم يكن شرط اتبع العرف . فان لم يكن عرف يطالب بالاجرة يوماً فيوماً تلغ الطلب ساعة فساعة .

بصله ، فهلم يسكن من الانتفاع به لا تجب عليه الاجرة » اهـ
(تأسيس للنظر للدبوسي ص ٦٢ - ٦٣) .

١٣٦ - هذا ، ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي ، في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق من نظرية فقهاءنا في الاجتهاد الحنفي . فان اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي . من أدلة الشريعة ، لا من نصوصها ولا من أصولها ؛ وإنما هو غلو في النزعة المادية - بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي .

وان تشريع عقد الاجارة بنصوص الكتاب والسنة دليل ناطق بات الشريعة الاسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع ، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالشراء .
وإن سلم أن عقد الاجارة وارد على خلاف القياس فغير مسلم به أن مخالفته للقياس من جهة كون المنافع غير متقومة في ذاتها بل إنما هي من جهة أن المنافع المفقود عليها معدومة عند العقد .

وبما لا ريب فيه أن ملك العين ليس مقصوداً لذات العين بل لمنافعها .
فالمنافع يجب أن تعتبر أساساً في التقويم . وقد تربي قيمة المنافع المستوفاة من الشيء في مدة طويلة على قيمة عينه ، فكيف يصح اهدار قيمتها واعتبارها كالعدم ؟ بل كيف يتوّن أن يكون المنتفع بمال الغير غصباً لا أجر عليه .
لجرد أنه عرضة لان يضمن قيمة العين ان هلكت ، مع أنه في كل حال ، وان أعاد العين المقصوبة سالمة ، هو على أقل تقدير متسبب في ضرر المالك بحرقانه من منافع ملكه مدة الغصب . والمتسبب المتعدي ضامن كالباحر للأضرار ؟
فمن قواعد الشريعة أنه « لا ضرر ولا ضرار » . ولو أن المالك أراد ان يسد

حاجاته الى منافع ماله المصوب خلال مدة النصب لما استطاع ذلك الا بعرض يستأجر به ما يقوم له مقام المصوب .

١٣٧ - على أن المتأخرين من فقهاء الحنفية لحظوا سبباً التامع وراضعة الحق التي تؤدي اليها نظرية عدم ضمان منافع المصوب ، فقصروا من أذيالها ، وضيقوا من دائرة شمولها ، فاستثنوا مال اليتيم ، ومال الوقف ، والاموال المعدة للاستغلال ، وأوجبوا في كل ذلك على غاصبه التزام ضمان أجر المثل ، قبة المنافع (المجلد / ٥٩٦) ، وعلموا ذلك باقتضاء المصلحة الزمنية وبعض اعتبارات أخرى منراها في محلها على خلاف أصل النظرية في المذهب .

ولا يخفى أن ما صلح من الاعتبارات ان تكون به المنافع كالاعبات مالا مقوماً مضموناً بالنصب فيما يتعلق باليتيم والوقف والمعد للاستغلال يصلح أن تعتبر به المنافع كذلك بوجه عام في سائر الاحوال .

وليت أن جمعية الملة ، بما منعتها من صلاحية الاختيار المعبر شرعاً ، أخذت في هذا الموضوع بنظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي ، فعمت ضمان المنافع واعتبرتها أموالاً مقومة بذاتها في سائر الأحوال ، رعاية لمصلحة المجتمع وزجراً عن العدوان الذي أصبح معظم الناس لا يتبعونه لجرود حرمة إذا لم تقترب بالمسؤوليات المدنية .

وكم من نظر أو حكم اجتهادي قد كان يمكن قبوله لما كان الدين غرضاً في النفوس بشر التقوى فيها ، وكان الورع حاجزاً لها ، ثم تبدل وجه النظر والحكم لما فشا الفساد وسادت الأطماع ، وأصبح الأمر محتاجاً الى وازع من التبعات المادية والاساطن لما ضعف وازع الايمان ، كما ورد في الحديث النبوي « من

يزع السلطان «أكثر من يزع القرآن» .
 على أن بحث ضمان المنافع سيجد تفاريقه أكثر بسطاً في مرقعه من بحث
 الفعل الضار في الجزء الرابع إن شاء الله .
 ملاحظة :

ويجب أن يلاحظ أن الأحكام القانونية اليوم لدينا تقضي بضمان أجر المثل
 للمقدرات على أن من يشغلها بلا عقد ، وعليه حمل الحاكم المستمر .
 كما أن نصوص القانون المدني تقضي بمسؤولية الناصب بوجه عام - ولو في
 الأموال المنقولة - عن الأضرار التي تلحق المقصوب منه وما يفوته من ربح
 ومنفعة في ماله المقصوب .

الفصل الخامس

في المال المملوك، والمباح، والمحجور

المملوك - أقسام الفرية وأحكامها :
 المستقل ، والمشارك ، وما يتعلق به
 حق الغير - تقسيم المال المشترك وأصول
 إزالة الشبوح - المباح - المحجور .

(١) - يقال : وزعه يزعه وزعاً - كردعه ردعاً وزناً ومعنى .
 ومعنى الحديث : أن من يكفهم عن ارتكاب الجرائم خرفهم من
 السلطان الحاكم أكثر عدداً من تكفهم خشية الله تعالى وموعظة القرآن (د :
 النهاية لابن الأثير) .

١٣٨ - ينقسم المال من وجه سابع باعتبار دخوله في الملك وعدم دخوله ، الى ثلاثة اقسام : مملوك ، ومباح ، ومحجور .

١٣٩ - (أ) - المال المملوك :

فأما المال المملوك فهو ما دخل تحت الملكية سواء أكانت ملكية فرد او ملكية شخص اعتباري كدولة او مؤسسة عامة او جمعية .

ويتناول المملوك العقار او المتقول على السواء . فتدخّل المال في الملكية دخولا معتبراً شرعاً ثبت فيه للمالك جميع الحقوق الخاصة التي تتفرع عن الملكية من انتفاع واستعمال واستهلاك ، وله فيه حق نقل ملكيته الى غيره بعوض وبغير عوض بالطرق المشروعة . كل ذلك ما لم يمس التصرف بشيء منه حقاً للغير يورثه ضرراً فعندئذ تقيد حرية الملك في التصرف بما يصون حق غيره .

١٤٠ - اقسام فرعية للمال المملوك :

ومن هنا كان المملوك نفسه ينقسم الى نوعين : (١) مال مستقبل ، أي متميز لا شركة فيه . (٢) ومال مشترك بين مالكين متعددين . كل منهما ينقسم الى قسمين : (١) ما تعلق به حق للغير المالك . (٢) ما لم يتعلق به حق للغير مالكة .

(١) - فأما المال الذي لم يتعلق به شركة ولا حق للغير ، بل هو مملوك لشخص على وجه الاستقلال ، فإن لمالكه أن يتصرف فيه بكل وجوه التصرف القولي والفعلي ، إلا إذا كان عقاراً فإنه يتقيد في تصرفه الفعلي فيه بما توجبه حقوق الجوارر المفصلة في المواد / ١١٩٢ - ١٢١٢ / من المجلة .

والمبدأ العام المعتبر في هذه المواد :

أن كل من ملك علناً صار مالكام فوقه وما تحته ، وله أن يتصرف

في سطحه وعلوه وجوفه بالخفر الى اي عمق كان ، وبالبناء الى اي علو كان^(١) وغير ذلك من وجوه التصرف دون ان يضر بجاره ضرراً فاحشاً . والضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحرائج الاصلية اي المنافع المقصودة من البناء كالسكني ، او يضر بالبناء فيوهنه كالتخاذ طاحون او معمل حدادة يوهن بناء الجار او مصبة أو مدبغة او معصرة ترعيج سكنى الجيران بالرائحة او أو الدخان ، وكما لو أجرى مياهه او اقذاره في مجار غير محكمة بحيث تتسرب الى اسس جيرانه فترونها ، او الى آبارهم فتتجسها ، أو أحدث نافذة تطل على مقر نساء جاره .

فكل ذلك يمنع الانسان منه ولو كان انما يتصرف في ملكه المستقل (المجلد / ١١٩٨ - ١٢٠٠) .

٢) - وأما المال المشترك فيتقيد تصرف كل شريك فيه بما لا يضر بحقوق شركائه الآخرين .

فليس لأحد الشركاء ان يتلف المال المشترك ، ولا ان يحوله من شكل الى شكل ، ولا ان يتجاوز حد المعتاد في استعماله . وعن هذا نشأ في الفقه بحث واسع عما يملكه وما لا يملكه كل من الشركاء من وجوه التصرف في المال المشترك .

وقد أقردت المجلة هذا البحث بفصل خاص عن كيفية التصرف بالاعيان المشتركة في المواد / ١٠٦٩ - ١٠٩٠ / منها فلتنظر .

(١) - يجب ان يلاحظ هنا ان انشاء الابنية في المدن مقيد اليوم بما توجهه الانظمة البلدية من شروط المسافات والارتفاعات بحسب عرض الطرق ، وغير ذلك من الاعتبارات التي تراعى فيها القواعد الصحية ومصلحة التنظيم العمراني .

والمبدأ العام الذي تدور عليه هذه الاحكام هو تحقيق الانتفاع الممكن لكل شريك بحصته ، ودفع الضرر عن بقية الشركاء .

على انه بالنظر لما في شركة الملك هذه من عرقلة لحرية التصرف وغسل للأيدي ، قد اتجه التشريع الرضعي لدى كثير من الدول الى سن أنظمة لازالة الشيوع جبراً في العقار خاصة دون المنقولات ، وذلك بناء على طلب احد الشركاء ، فيقسم العقار المشترك ان كان قابلاً للقسم ويستقل كل شريك بقسمه . وان كان غير قابل للقسم يباع بالزاد العلفي وبوزع ثمنه بين الشركاء ، كل بحسب حصته .

وهذا ما عليه العمل في سورية بمقتضى قانون تقسيم الاموال غير المنقولة (١) .

٣ - واما ما تعلق به حق الغير فكلما مال المرهون أو المأجور ، فليس لمالكه ان يتصرف فيه بما يخل بحقوق المرتهن أو المستأجر . فتعبر على المالك فيه التصرفات الفعلية والقولية ، الا باذن المرتهن أو المستأجر . فاذا باع المالك ماله المرهون أو المأجور فهل يكون بيعه موقوفاً على اجازة المرتهن أو المستأجر ؟

الرأي الفقهي الراجح ان حق الاجازة والرفض إنما هو للمالك أو لولي التصرف كالوصي مثلاً ، فليس للمرتهن ولا للمستأجر أن يجيزا بيع المالك أو يرداه ، بل يكون البيع نافذاً غير موقوف . ولكن يسان حق المرتهن

(١) - قد كان مما تفكر به وزارة العدلية من قانون جديد لازالة الشيوع يتناول المنقولات ايضاً لأن مشكلات شركة الملك وعراقيلها متحققة في المنقول ايضاً ، وان كانت في العقار أظهر . ومثل هذا التدبير مصلحة تصان به الحقوق وترأل به المشكلات ، فتقره قواعد الفقه الاسلامي .

والمستاجر بعدم جواز نزع المال من ايديهما قبل فكاك الرهن او انتهاء مدة الاجازة ، كما يمان حق المشتري الذي يقصر من تأخير التسليم ، وذلك بمنحه الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر فكاك الرهن او انتهاء الاجازة (المجلة/ ٥٩٠ و ٧٤٧) أي انما يتمتع تنفيذ عقد المالك لانفاذه .

١٤١ - (ب) - المال المباح :

وأما المال المباح فهو ما ليس في الأصل ملكاً لأحد ، كالماء في منابعه ، وكصيد البر والبحر ، وغير ذلك كأشجار البوادي وغارها .

فلكل انسان أن يحرز منه ما يستطيع ، ومن أحرز منه شيئاً فإنه يملكه (المجلة / ١٠٤٥ و ١٢٥٩) .

وهذا القسم من الأموال يسمى في الفقه الأجنبي : الأموال الحياالية

biens vacants

وستكلم عليه عند كلامنا على الأموال العامة الآتي بيانها في الفرع العاشر .

١٤٢ - (ج) - المال المحجور :

وأما المال المحجور فهو ما منع شرعاً عنك وتلكه وتلكه اما لأنه موقوف أو لأنه مخصص للمصالح العامة ، كالطريق العام وكالمساجد والمقابر وسائر الأموال الموقوفة . وسيأتي بيان في الفرع العاشر عن الأموال العامة .

= ثم صدر بعد الطبعة الاولى من هذا الكتاب تعديل للمادة ٣/ من قانون
حكام الصلح ذي الرقم ٣٥٣/ شمل ازالة الشيوع الجبرية في المتقولات . (ر :
ج ١ ف / ١١٦ .

الفرع الثامن

في ائمال القابل للقسمة وغير القابل

معنى قابلية القسمة وعدمها -

نتائجها في الاحكام الفقهية

١٤٣ - وينقسم المال ، من وجه ثامن ، الى : قابل للقسمة ، وغير

قابل لها .

ومعنى القابل للقسمة أن يكون ليس في تجزئته وتبعيضه ضرر .

وضابط ذلك ان يكون نوع المنفعة التي للأصل قبل القسمة ثابتاً لكل

قسم منه بعد القسمة .

فالكعبة من القمح أو الشعير أو الزيت أو السن ونحو ذلك تقبل القسمة

لنساوي اقسامها في المنفعة وفي القيمة بالنسبة الى الاصل المقسوم .

وأما الكأس أو الكرسي أو اللوازة مثلاً فكل منها غير قابل للقسمة

لأنها لو قسمت تمطلت منفعتها . والثوب المحيط غير قابل للقسمة كذلك ، وأما

القطعة من النسيج فان كانت كبيرة بحيث تبقى قيمة اقسامها المرادة متناسبة

مع قيمة الاصل ، كقطعة من الجوخ أو الكرياس اذا أريد تقسيمها الى قطع

تكفي كل منها ثوباً ، فهي قابلة للقسمة والا فلا . والنسخة الواحدة من كتاب

غير قابلة للقسمة .

وأما العقارات كاللدور والحانات والخوانيت فاذا أمكنت قسمتها بحيث

يقيم كل قسم منها منفعةً به انتفاع الاصل ، كدار كبيرة يراد تقسيمها الى

دارين وحانوت الى حانوتين فهي قابلة للقسمة . وإذا كانت الدار ولو قسيت
لا يمكن أن تخرج منها داران ولكن يمكن أن تحول أقسامها الى منافع أخرى
غير السكنى ، بأن تجمل دكاكين مثلاً فهي غير قابلة للقسمة ، لتغير أصل
منفعتها بالتقسيم .

والمعارات التي فيها أشياء تتوقف منفعتها الاصلية عليها ولا تقبل التجزئة ،
كالطاحون والحمام ، هي غير قابلة للقسمة (المجلة / ١١٣١ و ١١٣٩ و ١١٤٢) .

١٤٤ - نتيجة قابلية القسمة وعدمها

إن لهذا التمييز بين المال القابل للقسمة وغير القابل ثمرات عديدة في
الاحكام المدنية :

(١) - فالمال القابل للقسمة إذا كانت مشتركاً تجري فيه قسمة التفريق
القضائية جبراً على الشركاء بطلب احدهم ، وتجري فيه أيضاً قسمة الجمع ^(١)
القضائية جبراً إذا كان متحد الجنس ، كمجموعة من الكرامى او كمية من الحبوب .
وغير القابل للقسمة لا تجري فيه القسمة القضائية بل القسمة الرضائية فقط ^(٢)
(المجلة / ١١٣٢ و ١١٤١) .

(٢) - عقد الهبة إذا ورد على حصة مشاعة من العين ، كما لو وهب المالك

(١) - قسمة التفريق : هي تقسيم العين الواحدة المشتركة الى اجزاء .
وقسمة الجمع هي تقسيم الاعيان المتعددة الى افراد بحيث يختص كل شريك بفرد
كامل او افراد (ر : المجلة / ١١١٥) :

(٢) - يلاحظ ان هذا الحكم في المجلة بالنسبة الى العقار ، معدل بقانون
تقسيم الاموال غير المتقولة الذي يوجب ازالة الشيوع بطلب احد الشركاء على
كل حال : فان كان العقار قابلاً للقسمة فسه الحاكم ، وان كان غير قابل يباع
بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء ، كما تقدمت الاشارة اليه (ر : ج ١ / ف
١٣٩ ثانياً ، وج ١ / ١١٦) .

نصفها أو ربعها يصح اذا كانت العين غير قابلة للقسة ، ولا يصح اذا كانت قابلة ، بل يجب عندئذ أن يقسم العين أولاً ثم يجب الجزء المراد به مفروضاً متميزاً (المجلد / ٨٥٨) ، والدر المختار كتاب الهبة (والعملة النظرية في ذلك سترى في محلها عند كلامنا على عقد الهبة من العقود المسماة .

٣ - العقار المشترك إذا احتاج الى النفقة الضروية وامتنع احد الشريكين عنها فأنفق الشريك الآخر عليه بلا اذن شريكه ولا اذن الحاكم : فإذا كان قابلاً للقسة يعتبر الشريك متبرعاً بما أنفق فلا يحق له الرجوع على شريكه الآخر بشيء ، وان كان غير قابل للقسة كان للنفق حق الرجوع على شريكه بما يصيبه من القسة التي تقدر لما أجراه في العقار ^(١) (المجلد / ١٣١٣) .

الفرع التاسع

في الاصول والثمرات

معنى الاصل والثمرة -

قائده التميز بينهما

١٤٥ - وينقسم المال من وجه تاسع الى قسمين : أصل ، وثمره . فالاصل من الاموال هو ما يمكن أن ينشأ عنه مال آخر كالدور والاراضي والدواب .

(١) - يلاحظ هنا ان المادة / ٧٨٦ من القانون المدني ، وقبله المادة / ٢٢ من قانون الملكية العقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ تقتضيان اثبات الحق للشريك المنفق على العقار المشترك في ان يرجع على شريكه بما يصيب حصته من نفقات الادارة والتريم الضروري والتكاليف الاميرية ، ولم تعرض للتفصيل بين ما يقبل القسة وما لا يقبل ، وبين اذن الحاكم وعدمه .

والثمرة ما نشأ هو عن مال آخر ، وهي الفلات التي تنتج من الاموال
الاحول ، كأجور المقارنات ، وثمار الشجر ، ونتاج الحيوان من صوف ولبن
ونحو ذلك .

وبما تجب ملاحظته في هذا الصدد أنه لا يشترط فيما يعتبر أصلاً أن يكون
ثمرة بالفعل ، بل يكفي أن لا يكون هو ثمرة لغيره ، ككائنات البوت وسائر
الاموال التي ليست معدة للاستغلال ، كما يجب أن يلاحظ أيضاً أنه ليس كل
ما ينفصل عن أصل يعد ثمرة ، كالانتقاض الخارجة من البناء ، والخطب من الشجر ،
لان هذا إنما ينشأ من نقصان الأصل ، فيحفظ بصفة الأصل وحكمه .

هذا ما يذكره علماء القانون في التمييز بين الأصل والثمرة من الاموال
وتعريف كل منها . (ر : كتاب الاموال للاستاذ محمد كامل المرسي ، وغيره) .

وقهاؤنا قد ميزوا بين الاحول والثمرات من الاموال في مباحث
ومناسبات متفرقة ، كالبيع والغصب والوقف ، ويسمون الثمرة تارة « غلة »
وتارة « خراجاً » - بفتح أوله - وبذلك سميت في الحديث الشريف كما سيأتي بيانه .
والخراج عندهم كل ما خرج من غيره ، فيشمل الزيادة المتولدة المنفصلة
كثمر الشجر وولد الحيوان ، وغير المتولدة كأجرة الشيء المسأجور ، ويشمل
ايضاً منافع الشيء . (الأشباه والنظائر لابن نجيم ، الفن الاول القاعدة العاشرة) .

ويلحظ في هذا المقام أن قهاؤنا قد عنوا بتعريف الخراج والثمرة ولم
يرد لهم تعريف صريح للأصل من الاموال ، ون كان يفهم ضمناً من كلامهم .
فلذا استعنا بتعريف علماء القانون ، وهو موافق للنظر الشرعي والاحكام التي
أنبتها قهاؤنا لكل من هذين النوعين من الاموال .

يقول بعضهم : ان الثمرة ما ينشأ عن الأصل بصورة دورية ولا يلحق بالأصل تلفاً
أو نقصاً كبذل الايجار ومحصول الارض .

١٤٦ - فائدة للتمييز بين الاصول والثروات

إن لهذا التقسيم أثراً كبيراً في بعض الاحكام الفقهية ، اذ تختلف في الموضوع الواحد بحسب كون المال الذي يتعلق به الحكم أصلاً او ثمرة .

(١) - فالمال الموقوف محجور أصلاً فلا يملك ولا يوزع منه شيء ، على مستحقي الوقف ، ولكن ثمرته مملوكة لهم وتوزع عليهم . ولذا وجب التفريق في الحكم بين استبدال المال الموقوف وبين أجرته :

فبدل الاستبدال هو ثمن العقار الموقوف المستبدل به وهو عوض عن الاصل ، فلا يوزع في مصارف الغلة ، بل يجب أن يشتري به عقار يحل محل المستبدل به ؛ أما الاجرة فهي غلة توزع .

وكذلك انقضاء الوقف التي تخرج من ترميم او تهديم ، وحطب الشجر المثمر الموقوف ، فان ذلك لا يوزع في مصارف الغلة ، بل يصرف على عين الموقوف او يدخل في ترميمه .

(٣) - الاموال العامة الاخرى غير الموقوفة ، وهي المخصصة لمصالح المجتمع ، كالطرق والانهار الكبرى والحدائق العمومية ونحوها مما سيأتي ذكره في الفرع العاشر ، وان كانت وقاها لا تقبل الملكيات الفردية ، يمكن تملكك ثمراتها ان كانت لها ثمرة ، لأن ثمرتها في حكم الاموال الخاصة من حيث قابلية التملك . حتى ان المسجد اذا كان فيه شجر مشر جاز بيع ثمرته وصرف ثمنها في مصارف غلة الوقف .

(٣) - أن الغلة وسائر الثمرات يملكها مالك الاصل الضامن له - أي الذي يملك الاصل من حاسبه - ولو انتقضت ملكيته ؛ فان هذا الانتقاض لا يكون له استناد ، أي تأثير وجمعي ، بالنسبة إلى الثمرة .

فمن اشترى داراً او دابة فأجرها ، ثم اطلع على عيب قديم فردها به ،

فالأجرة له خالصة لا يضمنها البائع ، لأن الأصل كان في ملكه وضمانه .
والنظرية الشرعية في هذا الموضوع تستند الى قول النبي عليه السلام :
« الخوارج بالضمان » . وقد اتخذ منه الفقهاء قاعدة فقهية عامة ، كما تقدم في
الجزء الثاني (و : م / ٨٥ / وج ٢ ف / ٦٤٩) .
ومثل ذلك ما لو وهب انسان لآخر شيئاً كدابة مثلاً ، فولدت عند
الموهوب له او آجرها وأخذ أجرها ، ثم رجع الوهب في هبته ، فانما يسترد
الأصل دون الولد او الأجرة (م / ٨١٩) .
(٤) - في العقود والتصرفات التي موضوعها قليلك المنفعة يستحق الثمرة
مالك المنفعة . ففي إيجار الدار يكون ثمن الشجر الذي فيها للمستأجر ، وكذا
في الرصبة بمنفعة الدار .

الفرع العاشر

في الاموال الخاصة ، والاموال العامة

تعريف المال الخاص والعام وانواعها -
المباحات المشتركة الثلاثة - الانتهاز الخاصة
والعامة - انقلاب المال الخاص الى عام
وبالعكس - تقسيم الاموال العامة بمحسب
ماهي غصصة له - ثمرات للتمييز بين المال
الخاص والعام .

١٤٧ وينقسم المال من وجه عاشر ، باعتبار صاحب العلاقة به ، الى قسيتين : الاموال الخاصة ، والاموال العامة .

(١) - فالاموال الخاصة : هي ما دخلت في الملك الفردي فكانت محجورة^(١) عن الكافة ، أي انها ليست مشاعة بين عموم الناس ولا مباحة لهم لارقبته ولا منفعة .

(٢) - والاموال العامة : هي ما ليست داخلة في الملك الفردي ، فهي لمصلحة العموم ومنافعهم .

١٤٨ - وايضاح ذلك : ان الاشياء إما ان تكون بطبيعتها قابلة للحيازة ، أي مما يمكن ان يستأثر احد باحرازها ، او غير قابلة .

(أ) - فغير القابلة للحيازة بطبيعتها كالماء والبعار . وهذه لا تدخل في الملكيات مطلقاً ، ولا تقبل ورود العقود عليها بحال ، وهذا لا بحث لنا فيه .

(ب) - والقابلة للحيازة كسائر الاموال المتقولة . وهذه الاموال القابلة للحيازة قسمان : إما أن تكون داخلة فعلاً في الاملاك الفردية ، او غير داخلة .

والقسم الثاني منها ، أي غير الداخلة في الملك الفردي ، نوعان : (النوع الاول) - أموال قابلة لتملك الفردي لكنها لم يقع عليها سبب من أسباب الملكية ، فلم تمتد اليها يد الاحراز مع جواز احرازها وتلقاها لو وقع . وذلك كحيوان الصيد ، وحطب البوادي ، والاراضي الموات .

(١) - رأينا في تعريف الملك انه : « اختصاص حاجز ، أي يحجز غير المالك عن التصرف والانتفاع والتدخل في الشيء المملوك لغيره » (ر : ف ١٧ / الحاشية) .

(والنوع الثاني) - أموال غير قابلة للتسلك الفردي لانها معتبرة شرعاً من مرافق المجتمع لمصلحة أهله كافة ، فلا يجوز استيلاء الافراد عليها ، كالأنهار الكبيرة ، والماء الجاري تحت الأرض (مما يسمي اليوم : المياه الجوفية) والطرق العامة ، والجسور الخ .

وهذا القسم - أي غير الداخل في الملك الفردي بنوعه - يسميه الفقهاء :
المباحات (المجلد / ١٢٣٤ - ١٢٣٨) .

فالمباح في الاصطلاح الفقهي يشمل نوعين : (١) - ما أبيع أحرار عينه وغلقها (٢) - وما أبيع منافع دون ملكيته .

(فالاول) - يدخل في الملكيات الفردية بمجرد الأحرار الواقع بشرائطه الشرعية ، فيصبح ملكاً خاصاً لمن يجرزه

(والثاني) - لا يدخل في الملكية الخاصة ، لا لانه بطبيعته غير قابل لهاء بل بحكم الشرع لتعلق مصالح الجماعة به .

والاصل الفقهي في التمييز بين هذين النوعين بحسب دلائل النصوص هو أنه :

- إذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بعين الشيء ، كالطرق والجسور والمعابد الخ ... تحجر عنه وتباع منافعها .

- وأما إذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بنوع الشيء لا بعينه ، كحيوان الصيد وحجر المقالع وشجر البوادي والغابات ، فإنه تباع عينه بصورة يحفظ معها نوعه .

ويصح يقتضى دلائل النصوص الفقهية أن يقال :

القاعدة هي أن جميع الأشياء قابلة في الاصل للملك الفردي ، إلا ما خرج فيها عن إمكان الحياة بطبيعته كالهواء والبحار ، أو بحكم التشريع كالمرافق العامة من طرق وجسور ومراع ونحوها .

١٤٩ - المباحات العامة الثلاثة :

هذا ، وقد اعتبر شرعاً ثلاثة أشياء من المباحات العامة مشتركة بين جميع الناس بنص الحديث النبوي الثابت ، وهي : الماء ، والكلأ ، والنار^(١) .

١٥٠ - الماء

ومعنى الشركة العامة في الماء أنه ان كان في منابع آباره أو مسالكه تحت الأرض ، ولو في أرض مملوكة ، لا يعتبر ملكاً لأحد ، بل لكل واحد من الكفاية أن ينتفع منه بما يسى : حق الشفة ، وهو أن يشرب بقله ، ويسقي مواشيه - لا أراضي - ويفسل ، ونحو ذلك . وعلى صاحب الأرض أن يمكنه من استخراج ما يكفيه لذلك ، أو يخرج به هو له ، ولا يسوغ له منعه إذا لم يجد ماء سواه بقربه .

لكن ما استخرج من هذا الماء وأحرز يصبح ملكاً خاصاً لمحرزه لأن الاحراز من أسباب الملكية (المجلد ١٢٤٨ / ١) . وكذا الماء المجموع جمعاً في الآبار غير التابعة أو الاحواض ، فهو ملك مجبور لجامعه .
وأما إن كان الماء جارياً على الأرض من عين مملوكة فهو ملك لأصحاب الاراضي التي تسقيها تلك العين ، لكن يثبت فيه الكفاية حق الشفة المتقدم .

(١) نص الحديث : « المسلون شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلأ ، والنار » رواه أحمد .

والكلأ (بفتحين) هو العشب .

قال ابن عابدين في رد المحتار تفسيراً لهذا الحديث :
« أي شركة اباحة لا شركة ملك . فمن سبق الى شيء من ذلك في وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به ، وهو ملك له دون من سواه » .
ر : فصل الشرب من رد المحتار ج ٤ ص / ٢٨٣) .

١٥١ - وأما الأنهار فقد قسمت الى قسمين : خاصة ، وعامة .

(أ) - فالأنهار الخاصة هي ما تفرق مياهها وتستفيد في أراضي أشخاص معدودة حتى تنحى ، ولا ينفذ منها بقية الى مصب عام كالغازة والبحر .
وهذه الأنهار في حكم العيون الجارية . فمياهها هي ملك لأصحاب الأراضي التي تسقى ، وإنما لا يملك فيها حق الشقة .

(ب) - والأنهار العامة هي الأنهار الكبرى التي تجري في السفن كدجلة والفرات والنيل ، وكذا التي لا تجري في السفن ولكنها تسقى أراضي خاصة لا تنحى فيها بل يبقى منها بقية مباحة تصب في مصب عام .
وهذه الأنهار العامة لا تدخل في ملك أحد من أفراد الناس شرعاً ، ويثبت لكل انسان فيها - علاوة على حق الشقة - حق الشرب^(١) ، أي الري الزراعي أيضاً ، وهو أن يسقي منها أرضيه بشق الجدول اليها ، وإنشاء المسناة او التواوير ، او النزح بأي وسيلة كانت ، وكذا نصب الطواحين ، ما لم يضر بالناس في شيء من ذلك ، لأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز اذا لم يضر بأحد (الدر المختار ، فصل الشرب)^(٢) .

(١) - الشرب (بكسر الشين) هو النصيب من الماء ، ونوبة الانتفاع به سقياً للزراعة والحيوانات (ر : المصباح ، والدر المختار ج ٥ فصل الشرب) .
أما الشرب (بضم الشين) فهو تناول الماء بالفم .

(٢) - يلاحظ هنا ان القرار ذا الرقم / ١٤٤ / الصادر عن المفوضية العليا الفرنسية في عهد الانتداب ، يقضي بجعل جميع الأنهار والجاري في سورية ملكاً للدولة دون تفريق بين الأنهار الخاصة والعامة ، وإنما لأصحاب الأراضي اسالة المياه . والمهدف في ذلك اصلاح الري العام وجعله تابعاً لأنظمة خاصة وتقسيات اقتصادية في المستقبل .

وإذا دخل شيء من مياه هذه الأنهار العامة في المقام - أي المجاري المملوكة - بشق الجدول ونحوها أصبح ملكاً لأصحاب المقام ليس لأحد فيه الاحتشاق .

١٥٢ - الكلا :

وأما الكلا فالمراد به العشب النابت بنفسه في الأراضي مطلقاً ، مملوكة كانت تلك الأراضي ، أو غير مملوكة (المجلد / ١٢٣٤)
فلو كان مستنبطاً في الأراضي المملوكة استنباطاً بفعل صاحبها وسقيه كان ملكاً خاصاً له مجبوراً عن سواء .

فحين الكلا النابت بطبعه تعتبر فرعاً من لمباح العام فما دام قائماً على أرضه غير محوز يعتبر كالمياه في منابها ، لا يملكه صاحب الأرض بل لكل واحد ان يحش منه لحوانه . وعندئذ يكلف صاحب الأرض ان يمكنه من الاحتشاق ، وله ان يمنعه من دخول أرضه على أن يحش هــ و يخرج له عند الحاجة ، ان لم يكن بالقرب منه كلا مباح يقنيه عنه (١) (المجلد / ١٢٥٧ / وفصل الشرب من الدر المختار) .

(١) ان المواد / ٧٦٨ - ٧٧٠ / من القانون المدني وقوله المادتان / ١٢ و ١٣ / من نظام الملكية العقارية السابق ذي الرقم / ٣٣٦٩ / تعتبر من ثمة الملكية أن لصاحبها الحق في جميع ما ينتج العقار ، وفي كل ما يتحد به اتحاداً تبعياً ، سواء أ كان الاتحاد طبيعياً أو صناعياً .

وتشمل ملكية الأرض ملكية ما فوقها وما تحتها
وعلى ذلك يمكن ان يعتبر هذا موجباً ملكية صاحب الأرض المملوكة
لكلا النابت فيها بطبعه كالنابت بالاستنبات على خلاف حكم المجلد في ذلك

١٥٣ - النار :

وأما النار فالمراد بها ما يوقدها الانسان في المغازة . فمادة هذه النار هي ملك له خاصة ؛ وإنما المباح فيها لغيره حق الاصطلاء والاستدقاء والاستضاءة بها للعمل دون أن يأخذ منها جرة ، لان الجرة فعة متشبهة بملوك لصاحبها (المجلد / ١٢٦١) .

١٥٤ - انقلاب المال الخاص الى عام ، وبالعكس :

(أ) - قد ينقلب المال الخاص الى مال عام . وذلك :

(١) - إما بإرادة مالكيه وتخصيصهم ، كالساجد والمقابر الموقوفة بفاتها قبل الوقف مال خاص بملوك لاصحابه ، فبالوقف تصبح لمصالح الكافة .
(٢) - وأما بإيجاب الشرع ، كما في الاستملاك الجبري لاجل المصالح العامة ، كاستملاك الحكومة أرضاً لجمعها طريقاً او مستشفى او غيرها من مصالح المجتمع .

(ب) - وقد ينقلب المال العام الى خاص ، كما لو استبدل مستشفى موقوف او من أملاك الدولة ؛ اذ يصبح ملكاً لمشتريه ، ويحل بدله محله في الوقف او في بيت المال العام ؛ وكما لو استغني عن طريق ، فللحكومة ان تبيعه فيصبح ملكاً خاصاً ، كما سنرى قريباً .

١٥٥ - تقسيم الاموال العامة ، وجهة العموم فيها :

ومن هنا يمكن تقسيم الاموال العامة ، بحسب ما هي مخصصة الى ثلاثة أقسام :

(الاول) - ما هو مخصص بذاته لمصالح العامة ومنافعهم الدينية او الحيوية . وذلك كالساجد ، والمقابر ، والطرق ، والجسور ، والنفط ، والمستشفيات ، والحدائق ، والمدارس ، وسائر المؤسسات العامة . وكذا

الاراضي المتروكة - لقرجها من الميراث - مرعي أو محتصداً أو محتطباً
(المجلة / ١٢٨١) .

(الثاني) - ما هو مخصص للاستغلال لاجياء جهة عامة بموارده وغلته .
وهو المستغلات الوقفية ، ومستغلات بيت المال التي تدخل في زمرة ما يسمى
اليوم « أملاك الدولة » .

(الثالث) - ما كانت موميته ، لا لان مصالح العامة وحاجتهم متعلقة
بذاته ، بل لانه في ملك جهة عامة ، مع انه مهياً بذاته للتداول والتملك ، وذلك
كغلات الاوقاف العائدة لجهات خيرية موقوف عليها ، وغلات بيت المال بمختلف
فروعه ، والاراضي الموات .

(أ) - فالقسمان الاولان محجورة وقابها عن التداول ، فليسا محللاً لقود
التمليك ، لانها لا يدخلان في الملكية الفردية الخاصة .

غير انه يمكن ان تنسلخ عن المال في هذين القسمين صفته العامة هذه في
احوال تستدعي ذلك شرعاً ؛ ويعود الى اولياء الامر حق التقدير والتقريب
فيها . وعندئذ يمكن ان ينقلها الى اموال خاصة .

وذلك كما اذا حول الطريق العام ، فاستغني عن موقعه الاصلي . فيباع
لحساب بيت المال ويصبح ملكاً خاصاً . ومثل ذلك سائر ما يستغني عنه من
الاموال العامة كما تقدم .

وكذا اذا دعت الضرورة للاستبدال بعقار الوقف بمسوغاته الشرعية ،
فانه يستبدل به ما هو أنفع للوقف باذن القاضي وتقديره . فيصبح الموقوف
ملكاً خاصاً لمشتريه ويحل بدله محله في الوقف .

على أنهم قد استثنوا المسجد فاعتبروا فيه صفة الابدية ؛ فلا تنسلخ عنه
مسجديته عند الحنفية ولو استغني عنه (ر : الدر المختار كتاب الوقف ٣/٣٧١) .

ب) - وأما القسم الثالث وهو غلات الاوقاف الخيرية ، وغلات بيت المال ، والاراضي الموات - فانه بمقتضى غايته يجري فيه التداول شرعاً .

ويعتبر ، وهو في يد بيت المال او مؤسساته الفرعية او الوقف ، كالا موال الخاصة في يد أصحابها ، توفى به الحقوق والاجور والرواتب وسائر الالتزامات ، فيدفع بالوجوه المشروعة إلى من يستحقه . وكل من أعطى منه شيئاً باستحقاق شرعي ، يملكه ، لأنه في الاصل مخصص للتملك في الوجوه المشروعة .

وعن هذا لو أحيا انسان أرضاً مواتاً باذن السلطان يملكها (المجلة/١٣٧٢) . والنظر الشرعي في ذلك أن هذا القسم لما تتعلق المصلحة العامة بمالته وقيمته ، لا بعينه وبقائها لأجل منافعتها الذاتية أو دوام غلتها

هذا ما يمكن تلخيصه من فكرة الاموال العامة بالنظر الشرعي .

ر) ولتتظر النصوص التي تؤيد هذا التقسيم بصراحتها أو دلالتها في كتاب الوقف ، وإحياء الموات ، وفصل الشرب ، وكتاب الصيد ، وبعض تفاريع كتاب الجهاد ، كباب العشر والحراج ، وكصارف بيت المال ، في معظم المؤلفات الفقهية كالبائع والمداينة ورد المختار وغيرها . وكذا المواد /١٢١٣ - ١٢١٨ / والمواد /١٢٣٤ - ١٣٠٨ / من المجلة) .

١٥٦ - ثمة التمييز بين المال الخاص والعام شرعاً

لهذا التفريق بين المال الخاص والعام نتائج عامة وثمرات في الاحكام المدنية ، منها أساسي ومنها شكلي ، أشرفها الى بعضها في المناسبات السالفة من البحث ، ونجمل أهمها فيما يلي :

١) من حيث قابلية التداول وعقود التملك مما تقدم ذكره في صلب البحث .

فالأموال الخاصة تقبل التداول وعقود التملك . والأموال العامة لا تقبل ذلك .

(٢) تضمن قيمة منافع مال الوقف ، إذا غصبه غاصب ثم أعاده ، استثناء من أصل نظرية الفقه الحنفي في أن منافع المنصوب غير مضمونة كما تقدم (و : ف / ١٣٦) .

(٣) - المال العام لا يحق لأحد - ولو السلطان أو سائر ممثليه في فروع الأعمال أن يسمع فيه من يدخل عليه ، أو يصالح عنه ، أو يبرئه من لزمه ضمن بالتلاف أو غضب أو غيرهما من الأسباب وهذا على خلاف حكم المال الخاص الذي يعود لصاحبه حق المساحة فيه بصلح أو إبراء أو هبة الخ ..

(٤) - اشتراك أصحاب الأراضي في الشرب من الأنهار العامة لا يجعلهم خطاء في حقوق أراضيهم فلا يثبت لهم حق الشقة فيما بهذا السبب .

أما الاشتراك في نصيب للشرب من الآبار الخاصة المملوكة فانه يعتبر من أسباب الخلطة في حقوق العقار فيثبت به حق الشقة (المجلة / ١٠٠٨) .

٥ () الحجز^(١) القضائي قانوناً لا تقبله الاموال العامة كأموال الدولة

(١) - الحجز (بالزاي المعجمة) في الاصطلاح القانوني اليوم يسببه فقهاء الشريعة حجزاً (بالراء المهملة) ، فهم يقسمون الحجز الى نوعين : حجز الشخص (وهو سلب اعليته أو الحد منها قضاء ، وهذا متفق مع الاصطلاح القانوني) ، وحجز المال أي عزله قضاء عن سلطة صاحبه تمهيداً لبيعه في وفاء الديون (المجلة / ٩٩٨ و ٩٩٩) وهذا يسببه القانون حجزاً (بالزاي المعجمة) وهو الاصطلاح الافضل للتمييز بين النوعين في الاسم وان نظامه القانوني اليوم لا يتنافى مع الشريعة بل يتفق مع قواعد المصالح المرسلة لأنه حكم استصلاحي لتنظيم وفاء الحقوق .

فلا يجوز حجز هذه الاموال لاستيفاء الدين . أما الاموال الخاصة فتحجز .

(٦) في سريان حكم التقادم (مرور الزمن) ومدته ^(١) .

فالتقادم يسري في الحكم الفقهي على الحقوق الخاصة . ومدته العادية خمس عشرة سنة . فاذا مرت مروراً معتبراً دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها

وأما حكم التقادم في الاموال العامة ومدته فعلى التفصيل :

أ) فمنها طائفة لا يتقادم الحق فيها أبداً . فاذا استولى على شيء منها أحد يجوز في كل وقت الادعاء به لردّه الى أصله ، وذلك في كل ما هو مخصص بذاته لمنافع العموم ، كالطريق العام والنهر والمرعى (المجلد / ١٦٧٥) .
والنظر الفقهي في ذلك أن التقادم يتوقف سريانه بالمعاذير ، كالسفر والصغر والجنون . والناس كافة هم في الاصل أصحاب الحق بهذه الاشياء ، ولا يتناول مجموعهم من أصحاب الاعذار المانعة لمرور الزمن .

ب) ومنها طائفة يسرى عليها التقادم لكن مدته فيها تختلف عن مدة التقادم العادي في الاموال الخاصة .

فرقة الأموال الموقوفة من منقول او عقار ، والحقوق العينية التي الاوقاف على بعض العقارات الاخرى من مملوكة او موقوفة ، وكذا أموال بيت المال ، كل ذلك مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى به هي ست وثلاثون سنة ، إلا الاراضي الاميرية فمدة التقادم فيها عشر سنين (المجلد / ١٦٦٢) .

(١) - قدمنا في المدخل الفقهي العام في بحث الاستصلاح ان حكم التقادم بوجه عام مؤسس في الفقه الشرعي على قاعدة المصالح المرسلة في أصل فكرته وفي ملده (ر : المدخل الفقهي العام ف ٢/٢٩) .

على ان القانون المدني (وقبله قانون الملكية العقارية السابق) ، والقرارات المتعلقة بالتحديد والتحرير وانشاء السجل العقاري ، قد آتت بأحكام جديدة مفصلة في التقادم بالنسبة للمقاربات الخاصة والعامة ، تختلف مددها بحسب وجود تسجيل او تصرف ، وبحسب أنواع المقاربات ، فلتنظر في مواطنها من الأحكام العقارية .

١٥٧ - هذا ويمكن أن تعتبر الأموال الموقوفة ، من حيث الاحكام التي تراعى فيها ، حداً وسطاً بين الأموال الخاصة والعامة . ولذلك يسميها الأستاذ قنعي زغلول في شرحه للقانون المدني المصري (القديم) (ص/٥٠) بامم « الاموال ذات الشبهين » :

— فهي تشبه الأموال المخصصة للمنافع العامة من جهة غايتها وعدم جواز التصرف فيها .

— وتشبه الملك الخاص من جهة جواز امتلاكها بمرور الزمن وجواز حجزها وبيعها لمن كان له حق عيني عليها قبل وقفها ، او كان له دين على الواقف لا وفاء له الا منها .

١٥٨ - ملاحظات :

(١) - في الفقه الاجنبي يقسمون الاموال الى : أموال مادية ، وأموال معنوية .

ويريدون بالمعنوية ما كان له اعتبار في ثروة الانسان ، ولكنه ليس أعياناً مادية في الوجود الخارجي . فتدخل في ذلك الحقوق الشخصية والعينية ، والمنافع ، والملكية الادبية للمؤلفين في انحصار حق طبع مؤلفاتهم ، والملكية الصناعية للمخترعين ، وحق استعمال العناوين التجارية ، ونحو ذلك . فكل منفعة أو حق خولها القانون انساناً فيها مال معنوي يمكن أن يباع ويشترى .

وهذا التقسيم لا يتناسب مع مفهوم المال بالنظر الشرعي المبني عليه بحثاً
فقد فرق فقهاء بين المال ، والمالك فاعتبر الحقوق والمنافع ملكاً يستمتع به ،
لا مالاً ترد عليه العقود ، الا استثناء كما تقدم .

لكن هذا التقسيم الى مال مادي ومعنوي يتناسب مع أحكام القانون
المدني ، وقبله مع مقتضى المادة / ٦٤ / من قانون أصول المحاكمات الحقوقية
السابق ، تلك المادة التي أدخلت جميع الحقوق والمنافع في جملة الاموال التي
يصح ورود العقود عليها .

فلذا لم ندخل هذا التقسيم في تقسياتنا للاموال بالنظر الفقهي ، واكتفينا
بالإشارة اليه .

٢ - يفرق ، في الاصل ، بين الاشياء والاموال .

— فالاشياء أعم من الاموال لان كل ما هو مال فهو شيء ولا عكس . فالشمس ،
والقمر ، والهواء ، هي أشياء ، ولكنها ليست أموالاً بالنظر الشرعي ولا
القانوني . فبين المال والشيء من النسبة ما يسمى العموم والخصوص المطلق .
غير ان الاصطلاح الحقوقي على عدم التفرقة بينها ، وعلى ذلك جرى
القانون المدني أيضاً (ر : كتابه الاموال ، للأستاذ محمد كامل المرسى ف/٢) .
وذلك لان الاشياء التي يتناولها البحث الحقوقي إنما هي ما يمكن أن تتعلق به
الحقوق ، وهو الاموال .

البناب الثالث

في الاستغاص

الفصل الثالث

لمحة عامة

- ارتباط فكرة الحق بالشخصية الانسانية -
- أحوال الانسان في نطاق شخصه وأسرته -
- علاقته في المجتمع - تطور لتنظر الحقوق الى الشخصية .

١٥٩ . رأينا في الفصل الاول أن الاشخاص من عناصر الحق والالتزام فالحقوق جميعاً ، والالتزامات ، إنما تكونان للأشخاص وعليهم : فالحقوق كزمام في يد شخص ، والالتزامات كوقر على كنف شخص .

فالشخصية الانسانية هي منشأ فكرة الحق المدني وعليها مداره واستقراره ،
فمنها مبدؤه وإليها منتهاه والانسان في ذلك دائماً طالب أو مطلوب^(١) .

فتصور الاشخاص متلازم مع تصور الحق لا ينفك عنه ، لانهم على كل
حال هم أهل الحقوق وحملتها . ولولا التزامهم بين أفراد الناس على المنافع الحيوية
لما كان من مجال لوجود فكرة الحق ونظامه بينهم (ر : ف / ١١) .

(١) - لئن أقرت بعض النظريات أن حقوق الارتفاق العقارية إنما هي
حقوق لمعار على عقار ، وليست لأشخاص ، فليس معنى ذلك انتفاء المنصر
الشخصي أصلاً من حق الارتفاق ، وإنما معناه أن الشخص فيه غير معين ، لان
تبدل المالكين في المقارن لا يؤثر في شيء من أوضاع الحق بين العقارين ، بل
يبقى ثابتاً بينهما . ولكن حق الارتفاق في الحقيقة إنما هو لمصلحة الأشخاص
المالكين بلا تخصيص ، فهم المتمتعون به المتفعون بشركه (ر : ف / ٨ / الحاشية) .
حتى ان فريقاً من القانونيين يرون أن الحق العيني نفسه هو ، كالحق
الشخصي يشتمل على جانبين من الأشخاص لا على جانب واحد ؛ ففيه صاحب
الحق من الجهة الايجابية كما تقدم ، وفيه من الجهة الاخرى السلبية جميع الناس
يعتبرون مكلفين شرعاً ان لا يمانعوه في استيفاء حقه ولا يحولوا بينه وبينه
(ر : د الاموال ، للأستاذ محمد كامل المرمي ، ف / ١٣٥ / ، ونظرية العقد
للأستاذ السهوري) .

فالفرق الحقيقي بين الحقين الشخصي والعيني أن الطرف المثل للناحية
السلبية هو في الحق الشخصي شخص معين ، وفي الحق العيني هو غير معين لانه
الناس كافة . وهذا مستند مذهب « الشخصيين » في الفقه الاجنبي الذين يرون
أن جميع الحقوق شخصية .

١٦٠ ان رجال الحقوق والقانون إنما يعنون بدراسة أحوال الانسان من جهة أنه مخلوق ذو حقوق ، فيبحثون في شأنه من ناحيتين :

(١) فيما يتبع شخصه من الخصائص والاحكام في نطاق ذاته وأمرته فيبحثون بدء شخصيته وانتهائها ، وموطنه ، وغيابه ، وققدانه ، وأهليته على اختلاف أنواعها ، وزواجه ، وطلاقه ، وما ينشأ عنها .

وهذا هو قسم الاحوال الشخصية .

وقد جرت العادة في ترتيب القوانين المدنية الحديثة أن تستهل بالبحث عن هذه لاحوال الشخصية وأحكامها تحت عنوان . الاشخاص .

(٢) - في اتصاله بأبناء جنسه عامة ، وما يولده ذلك بينهم من حقوق وواجبات .

وهذا هو قسم المعاملات المدنية الذي يشتمل على نظرية الالتزامات وأحكام العقود ، وعلى نظرية الحقوق العينية أو الاموال .

١٦١ - وإن فقهاءنا قد بحثوا في أحوال الاشخاص ودونوا أحكامها في شتى النواحي ، ولكنهم لم يفردها بقسم مستقل من الفقه تكون فيه مجموعة بعضها إلى بعض ، ومفصولة عن سواها من الاحكام التي تنظم علائق أفراد المجتمع المالية ، بل سلكوا ترتيباً آخر كانت به أحوال الاشخاص متفرقة خلاله .

فلم يكن ينظر الى تلك الاحوال أنها تقسيات وأحكام تتعلق بشخص الانسان حتى يجمع بينها بهذه الرابطة ، وإنما كان منظروا اليها انها ابواب من الفقه رقت مع سواها بشئ المناسبات ، ما خلا للنكاح والطلاق وتقاويلهما ، فان معظم المتأخرين من الفقهاء يذكرون ابوابها متتابعة بعد قسم العبادات وقبل المعاملات ، لاعتبار انها تتعلقان بالاحوال الطارئة على ذات الاشخاص ، بل باعتبار ان

ففيها نواحي حل وحرمة ، ونواحي مالية . فيها لذلك حد وسط بين العبادات والمعاملات ، أو هما معاملات غير مالية .

على ان العلامة قدوري بأشأ المصري رحمه الله هو اول من جمع ابواب الاحوال الشخصية من الفقه الحنفي في مؤلف خاص ، وفصل احكامها في مواد متسلسلة على الطريقة القانونية ، فكون منها مجموعة مستقلة في كتابه « الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية » .

١٦٢ - تطور النظر الى الشخصية :

الشخصية ، في الاصل ، إنما هي الشخصية الطبيعية التي تتجلى بكل فرد من افراد الانسان . فكل واحد منهم شخص مستقل بشخصيته التي تثبت بها له حقوق ، وعليه واجبات .

غير ان النظر الحقوقي قد تطور في تصور الشخصية منذ القديم الى أبعد من هذا الحد الطبيعي المادي ، إذ لفظ ان هناك جهات من المصالح العامة الدينية ، من أما كن العبادات ونحوها ، هي ثابتة دائمة وغير مختصة بشخص معين ، وتتوقف حياتها على نفقات دائمة . فكانت ترصد لها اموال ومستغلات ، كالوقف ، تعتبر ملكاً لها لسد حاجتها ، وتعقد من أجلها وباسمها عقود ، ويقوم على ذلك سدنتها وكهنتها باسمها .

فمن هنا اعتبرت لتلك المؤسسات العامة شبه شخصية الافراد الطبيعيين في قابلية التملك وثبوت الحقوق ، لأنها مادامت لمصلحة الجماعة فهي في حكم مجموع شخصياتهم .

١٦٣ - ثم تطور النظر الحقوقي في تجريد الشخصية الى صورة أخرى ، وذلك بعد ان عرف الناس اسلوب اجتماع الجماعات المنظمة التي تتوحد فيها الجهود والاموال من اناس عديدين في سبيل الاكتساب المشترك ، او النفع العام .

فقد لوحظ ان كلاً من هذه المنظمات ، يتألف من مجموع افرادها وحدة شخصية ذات مصلحة وحقوق مستقلة عن شخصية ومصالح كل فرد من افرادها ولا سيما بعد ان عرف من الشركات انواع تكون فيها مسؤولية الشركة في معاملاتها المالية مقصورة على مال الشركة ، أي غير سارية على الذمم العامة للشركاء : فلو افلست الشركة لا يكون الشركاء مسؤولين عن ديونها في اموالهم الاخرى التي لهم في خارج الشركة

فهذا يقتضي اعتبار ذمة خاصة للشركة منفصلة عن ذمم الشركاء المتكونة منهم . فتولد من هذا الوضع وامثاله تصور شخصية تنشأ من اجتماع عدة اشخاص على عمل ذي غاية مشروعة ، وتنفصل في الاعتبار الحقوقي تلك الشخصية الحاصلة من اجتماعهم عن شخصياتهم الفردية :

(أ) - فان كانت الغاية من اجتماع الشخصيات هي توحيد الجهود الفردية حتى يتكون منها قوة اكبر على عمل يبتغي به الربح والاكتساب المالي فهي الشركات من تجارية او صناعية .

(ب) - وان كانت الغاية ليست ابتغاء الكسب والارباح وانما هي خدمة مصالح عامة دينية او علمية او ادبية او اجتماعية او انسانية الخ . فتلك في لغة العرف الزمني والقانون هي الجمعيات

١٦٤ - فهذه الشركات او الجمعيات بشخصيتها المجردة عن شخصيات اعضائها تعقد العقود باسمها ، وتلك ، ويستحق عليها الخ .. وتكون ذات ذمة مالية كافراد الناس .

وهذه الشخصية المجردة التي تعتبر لها من الوجهة الحقوقية قد سميت في الاصطلاح القانوني الحديث : **الشخصية الاعتبارية** ، ويقال لها ايضاً ، **الشخصية الحكيمة** ، **والشخصية المعنوية** . وتسمى في الفقه الاجنبي : **personnalité morale**

وهكذا تطور النظر الحقوقي وتجرد عن التقيد بالناحية المادية المحضة ،
فألقى نوب الشخصية على غير الأشخاص الطبيعيين ، من أوضاع ومؤسسات
وجامعات نشأت في المجتمع الحقوقي ، ودخلت في المضمار المالي وميدان المعاملات ،
وأصبح لها في نظر القوانين موقع شخصي ذو شأن كبير يزداد مكانة واتساعاً
على الزمن كما أصبح لها في النظر السياسي أهمية عظيمة لما تملكه من قدرة مالية
وعملية لا يملك مثلها الفرد عادة .

١٦٥ - وقد اختلفت الآراء الحقوقية الحديثة اختلافاً كبيراً في
تحليل ماهية الشخصية الاعتبارية ، وهل هي شخصية حقيقية او افتراضية ، وفي
شروط وجودها واعتبارها ، بما يدخل كثير منه في حدود المناقشات النظرية ،
ولا يؤثر في اعتبارها بخصائصها وأهليتها كالأشخاص الطبيعيين من أفراد الناس .
والفقه الاسلامي قد أقر فكرة الشخصية المعنوية ، ورتب على اعتبارها
أحكاماً ، كما سنرى ، وإن لم يسمها بهذا الاسم .

الفصل الثاني

تقسيم الاشخاص ومجمل احكامهم

١٦٦ بما تقدم يتضح أن الأشخاص في النظر التشريعي قد اصبحت
تنقسم الى قسمين :
- الاشخاص الطبيعية
- والاشخاص الاعتبارية ، او الحكية
ومن ثم يتفرع هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الأول

الاشخاص الطبيعيون

تعريف للشخص الطبيعي - بسده الشخصية
وانتهاؤها - للنظم الادارية المتعلقة بالولادة
والوفاة - أهلية الاشخاص - النيابة الشرعية ،
او الولاية والوصاية - النسب والقرابة - فقدان -
الزواج وما يتفرع عنه - الموطن ، او (المقام) .

١٦٧ فلاشخاص الطبيعيون هم أفراد الناس فكل منهم ذو اهلية وذمة ، له حقوق وعليه واجبات .

والاحوال الشخصية للاشخاص الطبيعيين وأحكامها ، بما يتعلق بذواتهم مباشرة او يتفرع عن شخصيتهم ، كثيرة متشعبة ، نشير اليها بالترتيب التالي :

١٦٨ - (أولاً) - بدء الشخصية وانتهاءها :

(أ) - ابتداء الشخصية :

ان الاحكام التي قررها الفقهاء تدل على ان شخصية الفرد يبدأ اعتبارها الشرعي منذ علوقه في رحم أمه بشرط أن يولد حياً ولو تقديراً^(١) .

ويعتبر قد ولد حياً اذا خرج اكثره وهو حي .

واقما اعتبر الفقهاء ابتداء شخصية الانسان منذ العلوق ، أي التصوير في الرحم ، لأن الشرع اثبت للحمل حقاً في الاوث ، وأوجب ، ان مات مورثه ، ان يوقف له اكبر النصيب على تقدير كونه ذكراً او انثى . وكذلك تصح الوصية له والوقف عليه ؛ بشرط أن يتحقق وجوده في الرحم عند هذه التصرفات ، بان يولد لاقل من ستة اشهر من تاريخ الوقف او الوصية (وهذه المدة هي أقل مدة الحمل) ، كي ينتفي امكان حصول الحمل بعدها^(٢) .

(١) . تكون حياة الحمل عند الولادة تقديرية في حالة اسقاطه بجنابة ، كما لو ضرب شخص بطن امرأة حبل فأسقطت جنيناً ميتاً ، فانه يرث ويورث ، كما في رد المحتار وغيره اوآخر الفرائض .

(٢) - اذا كان والد الحمل متوفي تصح هذه الالتزامات له من وصية وغيرها اذا ولد لاقل من سنتين من تاريخ الوفاة ، وهي اكثر مدة الحمل عند الخفية ، لأن نسه عندئذ يثبت ولو ولد لهذه المدة ، فيستلزم ذلك اعتبار =

وصحروا الاقرار للحمل أيضاً اذا بين المقر سبباً صالحاً لاستحقاق الحمل من وصية أو ارث (و : السراجية فصل الحمل ، والدراختار ورد المختار كتاب الاقرار ٤/٤٥٥ ، والمواد / ٥٤٠ و ٦٣١ / من الاحوال الشخصية لقديري باشا) .
فهذه الاحكام تستلزم اعتبار الشخصية للحمل ولا يمكن أن تثبت مع عدم اعتبارها . وحقوق الحمل إجمالاً متفق على تقريرها وإثباتها في الشرائع الوضعية فجميع القوانين المدنية الحاضرة تشنها^(١) .

=وجوده قبل الوفاة . لكن المادة / ١٣٠ / من قانون الاحوال الشخصية لدينا قد نزلت بأكثر مدة الحمل الى سنة شمسية . فلا يثبت نسب للولود بعد انقضاء سنة من تاريخ انحلال الزوجية الا اذا ادعى الزوج نسبه .

(١) - جاء في القانون المدني العراقي : « ان شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حياً . وأما حقوق الحمل فيحددها قانون الاحوال الشخصية ، ٥١ .
ثم جاء أخيراً القانون المدني في سورية وأصله المصري الجديد بنص مماثل لهذا في المادة / ٣١ / منه .

ولا يخفى ان هذا النص يتناقض فيه اعتبار الولادة مبدأ للشخصية مع اثبات الحقوق للحمل ، فبين الاعتبارين ظاهرة تناقض ، إذ كيف يمكن ان تكون للحمل حقوق مسلمة في قانون الاحوال الشخصية ، ولا تكون له شخصية ؟
ولعل وجهة النظر القانونية هذه هي ان الشخصية لا يستقر اعتبارها والحقوق الناشئة لها الا بمرور الجنين حياً الى الحياة الخارجية .

لكن هذا البروز إنما هو في الحقيقة شرط لاستناد اعتبار الشخصية فإذا تحقق تحققت الشخصية مستندة الى أول الحمل لا مقتصورة على تاريخ الولادة .
وان القانون الفرنسي ، بعد ان كان يعتبر ابتداء الشخصية بالولادة ، رجع =

١٦٩ - (ب) - انتهاء الشخصية :

واما انتهاء الشخصية في النظر الفقهي بالموت ، وإن كان الموت فور الولادة .
غير أن زوال الشخصية بالموت لا يستلزم زوال آثارها من ذمة وأهلية ،
بل يعتبر للذمة وأهلية الوجوب استمرار موقت بعد الموت بقدر ما تقتضيه
تصفية الحقوق التي لها ارتباط بأعمال الحياة السابقة .

فبعد الموت يملك الميت ما كان بائراً سبب ملكه في حياته . وذلك كمن
نصب شبكة للصيد ومات ، فوقع فيها الصيد ، فإنه يملكه ويدخل في تركته .
وكذا يضمن ما كان بائراً سبب ضمانه ، كمن حفر حفرة في الطريق العام
ومات ، فوقع فيها حيوان ، فإن ذمة الميت تشغل بقيته فتؤخذ من تركته .
وتقدير هذا الاستمرار للأهلية والذمة هو حالة استثنائية قضت الضرورة
باعتبارها لتوجيه الأحكام ، فلا يعتبر للأهلية والذمة استمرار وصلاح لإنشاء
أحكام جديدة بعد الموت . ولذا لا تصح الوصية لميت ولا الهبة له .

= إلى النظرية الرومانية في اعتبار بدء الشخصية منذ تصور الجنين في الرحم تحقيقاً
لمصالح وحقوق قد يستفيد منها الحمل ، ولكن بشرط أن يولد حياً ولو لحظات
وغير ناقص الحلقة نقصاً لا يمكن معه استمرار الحياة (ر : كتاب الحقوق
المدنية الفرنسية للأستاذ محسن البرازي ج ١ ص ٥٦ و ٥٧) .

وان محل النظر في القانونين العراقي والسوري إنما هو في تحديد الحد
الاعتباري لبدء الشخصية . أما حقوق الحمل فقد أقرها كما رأيت .

فكان المناسب أن يقال فيه : « ان مبدأ الشخصية أول الحمل » . وبذلك
يتلاءم مع ما يقتضيه الفقه الاسلامي ، ومع الفقه الاجنبي الحديث ايضاً ، كما
يتلاءم عندئذ مع ما أقرته القوانين نفسها من حقوق الحمل .

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار مصير دين الميت اذا لم يتوك مالا ولا كفيلًا قبل مماته .

فقال أبو حنيفة : ان ديونه عندئذ تعتبر كالساقطة بالنسبة الى هذه الحياة الدنيا لعدم امكان المطالبة بها ، وإن كان بالنسبة الى الآخرة مسؤولاً عنها .

- وقال صاحبان والأئمة الثلاثة لا تسقط تلك الديون بالموت .

ومرة الاختلاف تظهر في الكفالة بعد الموت :

أ) - فعلى الرأي الاول لا تصح الكفالة بما على الميت بعد الموت ، لأن الكفالة التزام المطالبة من الكفيل بما يطالب به الأصيل ، وقد امتنعت المطالبة في هذه الحال عن المدين الأصيل بالموت ، فلم يبق محل يصح به الالتزام بالكفالة .

ب) - وعلى الرأي الثاني تصح هذه الكفالة ، لأن الزمة مشغولة في الواقع^(١) . وقد تقدم ذلك في بحث الزمة (ر ف ١٢٥ - ١٢٦)

(١) - استدل القائلون بهذا بحديث جابر بن عبد الله :

« ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي على وجعل مات وعليه دين ، فاتي مرة بميت ، فقال : أعليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران ؛ قال : صلوا على صاحبكم . فقال ابو قتادة الانصاري : هما علي يا رسول الله ، فعلى عليه عندئذ .

وقد قال الشيخ عبد العزيز البقاري في شرحه « للكشف » على أصول فخر الاسلام البزدوي في بيان الدليل النظري لرأي أبي حنيفة بالسقوط .

« ان زمة الميت لم تبق محلاً لوجوب الحقوق فيها ابتداء بعد الموت ، وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق ، لان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ، (كشف =

١٧٠ - النظم الادارية المتعلقة بالولادة والوفاة

ان ولادة الأشخاص ووفاتهم حادثان هامتان ينشأ عنها ثبوت وزوال وانتقال في الحقوق والالتزامات تبعاً للأشخاص ، وانحلال في الروابط الزوجية ، وتبدل حدود وشروط في ثبوت الانساب ، الى غير ذلك من الأمور الهامة وقد جعلت النظم الزمنية حوادث الولادة والوفاة تابعة لمبدأ العلنية والرقابة الحكومية . فانشئ سجل الأحوال المدنية (النفوس) في العهد العثماني وفقاً لمقتضى التنظيم المدني والمصلحة العامة . ولم تقتصر فائدة هذا السجل على خدمة الحقوق المدنية فحسب ، بل أصبح خادماً للناحية السياسية في حقوق الجنسية وتابعة الأشخاص ، والانتخابات النيابية ، وللإحصاء وغير ذلك من الاعتبارات .

وقد أصبحت حوادث الولادة والوفاة واجبة التسجيل في سجل النفوس ، كما أصبح دفن الموتى بمقتضى هذه النظم تابعاً للترخيص من دوائر النفوس وطبابة البلدية ، وفقاً لمراسم معروفة في أنظمتها الخاصة ، حذراً من وجود جرائم مريبة في حوادث الوفاة ، أو اوبئة مرضية سارية تحتاج الى تدابير صحية واقية في بيت الوفاة .

وهذه القضايا مرجعها قوانينها الخاصة لأنهم من التدابير الادارية الزمنية الموكول تنظيمها الى ولاية الأمور بقاعدة المصالح المرسلة ولا أثر لمباحثها في الفقه وكتبه .

= الاسرار ج ٤ ص / ٣١٤ .

اقول : ويلاحظ هنا أن لفظ « الالتزام » في كلامه هنا قد استعمل فقهاً بمناه الحقوق في الحديث المتقدم بيانه في الفصل الأول ، وهو أيضاً اصطلاح شائع في الفقه المالكي ، كما تقدمت الإشارة اليه (ر : ف / ١٥ / الحاشية) .

١٧١ - القوة الإثباتية لسجلات الأحوال المدنية :

أما القوة الإثباتية لقيود سجلات النفوس فإن الاجتهاد القضائي لدينا قد كان لا يعتبر تلك القيود كافية للاثبات أمام القضاء في الحقوق المالية ، وإنما يستأنس القضاء بها استثنائاً ، لأنها غير معدودة من جملة الحجج الحطية في المجلة ولا في قانون أصول المحاكمات العتاني ، ولأنها لا تخلو عن شبهة الكذب في الاخبار الذي يبنى عليه التسجيل ليتخلص ذوو العلاقة من العقوبة القانونية عن تأخير التسجيل أو اعماله ، أو لدواع أخرى .

أما في صلاحية القضاء الادارية ، كالترخيص بالزواج ونصب الاوصياء ، فإن تلك القيود كافية لاعتماد القضاء عليها .

لكن قانون الأحوال المدنية الجديد الصادر في سورية سنة ١٩٥٧ قد أعطي لقيود السجلات المدنية قوة اثباتية صالحة للاحتجاج بها قضاء الى أن يثبت تزويرها إذا سجلت وقائعها في مددها الاصلية وفقاً للمادة / ٢٢ منه .

وأما في الاحكام الفقهية فتثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها على رأي صاحبين ، لأنها من الحوادث التي لا يطلع عليها الرجال عادة ، كما تكفي شهادة القابلة أيضاً لتعيين الولد .

وتثبت الوفاة بشهادة التماسع ، فلا يشترط أن يكون الشاهد فيها قد حضر الوفاة ، بل يكفي أن يكون مسمعاً بها من الناس الذين سأل خبرها ففهم .

١٧٢ - (ثانياً) - أهلية الاشخاص :

ان مما يرافق وجود الشخصية من الوجبة الحقوقية أهلية الاشخاص . وقد بينا في نظرية الاهلية والولاية من الجزء الاول (المدخل الفقهي العام) أن أهلية نوعان :

- صلوح الاشخاص لان تثبت الحقوق لهم أو عليهم .
 - وقابليتهم لان يمارسوا حقوقهم وتصح فيما تصرفاتهم وأعمالهم .
 فالتنوع الاول المؤهل لثبوت الحقوق للشخص أو عليه هو : أهلية الوجوب
 والثاني المؤهل للممارسة وصحة الافعال هو : أهلية الاداء .
 والاهلية بنوعها تمر على مراحل في طريق تكاملها : فتبدأ أهلية وجوب
 ناقصة ، وتنتهي الى أهلية أداء كاملة ، بحسب الاطوار التي يمر بها الانسان منذ
 تكونه في الرحم الى بلوغ عقله وتكامل رشده .

وقد فصلنا ذلك في موضعه من نظرية الاهلية هناك . وبيننا أن الجنين
 يتمتع شرعاً بأهلية وجوب ناقصة . ولذا ثبتت له من الحقوق أربعة أشياء :
 القسب ، والارث ، والوصية له ، والوقف عليه ، بشرط أن يتحقق وجوده
 شرعاً عند الوقف أو الإيضاء أو موت المورث ، وذلك بأن يولد حياً لاقل من
 ستة أشهر - وهي أقل مدة الحمل - من تاريخ أسباب الاستحقاق هذه ، أو بأن
 يولد قبل انقضاء أكثر مدة الحمل من تاريخ انحلال الزوجية بين أمه وأبيه اذا
 كانت الزوجية منقطة عند الإيضاء للحمل أو الوقف عليه ، لاث نسب عندئذ
 يثبت من أبيه بولادته خلال أكثر مدة الحمل . وهذا يستلزم اعتبار علوقه
 ووجوده قبل انحلال الزوجية^(١) .

أما الاقرار للحمل بحق فيصح إذا بين المقر سبباً صالحاً لملك الجنين من
 الاسباب المتقدمة : اي من ارث ، أو وصية ، أو وقف ، بخلاف الهبة فانها
 لا تصح للحمل (ر : الدر المختار ، كتاب الاقرار ٤ / ١٥٥) .
 وهذا ايضاً يؤيد ما بيناه سابقاً أن بدء الشخصية منذ اول الحمل ، لامند
 الولادة ، اذ لا يعقل ان تبتدىء الاهلية قبل ان تتكون الشخصية .

(١) - انظر ما تقدم آنفاً حول أكثر مدة الحمل (ف / ١٦٧ ح) .

نفيه :

قد يذكر بعض الفقهاء ، ان الجنين لا أهلية له ، ، كما ورد ذلك في كتاب الإقرار من الدر المختار في بحث الإقرار للحمل (٤ / ٤٥٥) .
وقد ذكر ذلك تعليلاً لبطلان الإقرار للحمل إذا ولد ميتاً ، بعد أن ذكر قبله صحة الإقرار له إذا ولد حياً وكان المقر قد بين لأقراره سبباً صالحاً لملك الحمل .

ومن الواضح ان قصدم إنفا هو تارة نفي الأهلية مطلقاً عنه اذا لم يتحقق شرطها وهو ولادته حياً ، وتارة نفي أهلية الوجوب الكاملة لا مطلق الأهلية ، فقد صرح الاصوليون بنبوت أهلية وجوب نافذة للحمل ، ورتب الفقهاء عليها الاحكام السالفة البيان .

١٧٣ - (ثالثاً) - النيابة الشرعية ، أو الولاية والوصاية

ان نقص أهلية الاشخاص من الوجهة الحقوقية يجعلهم في حالة قصور . وهذا النقص : إما طبيعي أصلي ، كحال الصغار ، وإما طارئ ، كالجنون والعته والسفه .

ومن هنا نشأت نظرية عدم الأهلية التي تقضي بإنشاء نيابة شرعية عن القاصرين لصيانة حقوقهم وللممارسة للتصرفات التي يحتاجون اليها .

وهذه النيابة لها صورتان : الولاية والوصاية . وقد تقدم ايضاحها في بحث النيابة من نظرية الأهلية والولاية من الجزء الثاني فلتنظر هناك ، وفي المواد / ٤٢٠ - ٤٩٩ / من كتاب الاحوال الشخصية اقدري باشا ، وفي المواد / ١٦٢ - ٢٠٦ / من قانون الاحوال الشخصية في سورية .

١٧٤ - (وابعاً) - النسب ، والعقابة

من أهم الأحوال الشخصية شأناً للنسب ، لأنه ينشأ عنه ثلاثة أمور ذات
بال : حقوق الإرث ، وحقوق النفقة ، والسلطة الأسرية التي من فروعها الولاية
على النفس .

ولكل إنسان « في الواقع » نسب ينتمي به الى أب وأم ، وينتمي
بواسطتها الى القربات من سواهما

ومتى ثبت النسب لا يقبل التحول ، ويسري ثبوته على الكافة بخلاف
الحقوق الأخرى المالية ، فان ثبوتها يقتصر على من أثبتت عليه ، فلفغيره أن
يعترض عليها بدعوى الاستحقاق ، فينقض ثبوتها الأول ، كما يعرف في محله من
بحث الدعوى والبيانات .

والقاعدة العامة في ثبوت النسب ان « الولد للفراش » ، وهي نص
حديث نبوي ثابت .

ومعناه أنه متى كان بين رجل وامرأة فراش مشروع أي حل
استمتع - فالأصل فيه أن الولد الذي تأتي به تلك المرأة يضاف نسبه الى
ذلك الرجل .

على أنه اذا كان الزوج يتيقن ان الولد ليس منه فقد شرع له طويق اللعان :
وهو أربع ايمان أمام الحاكم ، موثقة بدعاء ، يحلفها الزوج على صدق نهمته
لزوجته ، وتحلفها هي على كذبه ، وذلك بناء على طلب المرأة المنهجة ،
تبرئة لنفسها .

وتنتيجة اللعان تفريق الحاكم بين الزوجين وعدم جواز زواجهما بعد ذلك ،
وقطع نسب الولد عن الزوج ، والحاقه بأمه .

١٧٥ - هذا ، وان النسب تعتريه حالتان : (١) عدم الاعتبار ،
(٢) والجهالة .

(أ) - فأما عدم اعتبار النسب فذلك عندما يكون النسب غير مستند
الى طريق حل فشووع بين الرجل والمرأة ، ولا شبهة حل ، فيكون الاتصال
من قبيل الزنى المحض ، فلا يعتبر به الشرع نسباً .

ولم يقر الشرع الاسلامي هنا ما تقره بعض القوانين الاجنبية اليوم من
البنوة الطبيعية وحقوقها .

غير أن الاجتهاد الحنفي يثبت حرمة التناكح في القرابات من الزنى كما
في قرابات النسب الصحيح دون ماغير ذلك من نتائج النسب . فلا يجوز للرجل
مثلاً أن يتزوج ابنته او اخته من الزنى . وهذا مبني على قاعدة حومة المصاهرة
المعروفة في اماكنها من أحكام الاحوال الشخصية .

(ب) - وأما جهالة النسب فعناها أن لا يكون للشخص نسب شرعي
معروف ، لافي محل وجوده ولا في مكان آخر . وعندئذ يجوز لكل واحد
أن يدعي نسبه ، فيثبت نسبه منه اذا صدقه ، الا أن يكون ظاهر الحال
لايحتمله كمن اعترف لمن يساويه في السن او يكبره أنه ابنه ، او أن يكون
في دعواه واعترافه تحميل للنسب على الغير ، كمن اعترف للمجهول بالنسب انه
أخوه ، فان فيه إلزاماً لأبيه ببنوة هذا المجهول ، فلا يسري على الأب الا
بتصديق منه .

والحالة البارزة في جهالة النسب تتجلى في القبط ، وهو الطفل المنبوذ الذي
لا يعرف لمن هو ؟ وله أحكام خاصة فيما يتعلق باعتباره «بانتسه» ، وحتى حفظه
وحضائه ، والولاية على نفسه وماله ، ووجوب نفقته الخ .. معروفة في كتاب

القيط من الفقه الاسلامي ، وفي المواد / ٣٥٦ - ٣٦٤ / من كتاب الاحوال الشخصية لقنطري باشا ، فلتنظر فيها .

وقد صدر في سورية في عهد الانتداب الفرنسي قانون خاص بشأن القطاء . هذا ، وان قضية النسب تعد من تقاريع المناكحات . غير أننا افردناها هنا بالإشارة إليها ، لأنها وضع مستقل لشخص ثالث غير الزوجين يوافق وجوده وينفصل عن الحقوق الزوجية وتوابعها بين أبويه .

وليت تفاصيل أحكام النسب تروى في باب « ثبوت النسب » من كتاب النكاح في الفقه ، وفي المواد / ٣٣٢ - ٢٥٥ / من الاحوال الشخصية لقنطري باشا .
١٧٦ - (خامساً) - المقام (الموطن)^(١) .

ان مقام الشخص هو مركزه الشرعي الذي ينسب اليه ويقوم فيه باستيفاء ماله وإبقاء ماعليه ، ويعتبر مقرأ له ولو لم يكن حاضراً فيه بعض الاحيان أو اغابها ، ويفرض انه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه . (و : شرح القانون المدني المصري لأحمد فتحي زغلول باشا ص / ٢٤) .

ومعرفة هذا المقام من أهم الشؤون القانونية والقضائية اليوم . والفقه الاسلامي لم يمن كثيراً يبحث مقام الاشخاص لأنه لم يكن تتعلق به نتائج فقهية مهمة قبل تأسيس الاوضاع القانونية الاصولية في القضاء والادارة ، ولما كانت ثمرة بحث ومعرفة شرعاً تنحصر في نواح معدودة من أمور العبادة والمعاملات .

١٧٧ - شأن المقام (الموطن) في ظل الاحكام الشرعية
وللمقام معنيان يتعلق بكل منها أحكام شرعية في الفقه الاسلامي :

(١) - المقام ، بضم الميم اسم مكان من الاقامة . ولا يسوغ فيه الفتح ، لأنه بفتح الميم مضاه مكان للقيام لا الاقامة .

(١) - المعنى الاول : مقر الإقامة ، أي المسكن او المأوى .

(٢) - والمعنى الثاني : موطن الإقامة ، أي البلد .

(أ) - الاحكام الشرعية المتعلقة بمقر الإقامة :

فما يتعلق بالمسكن او مقر الإقامة ، ما أوجبه الشريعة على المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تقضي عدتها في بيت الزوجية الذي كان مقرّاً لسكناها وهي في عصمة زوجها . فلا يجوز لها شرعاً أن تخرج من هذا البيت خلال العدة الا اذا كانت هناك ضرورات ملجئة .

والحكمة التشريعية في ذلك هي صيانة سمعة المرأة ونسب الحمل المحتمل وجوده حين انحلال الزوجية بالطلاق او موت الزوج . فان المرأة اذا خرجت من بيت الزوجية اثر الطلاق او موت الزوج ، ثم ادعت حملًا ، فربما يزعم الزوج المطلق او ورثة الزوج المتوفى أن الحمل حادث بعد انحلال الزوجية . فلذا وجب أن تقضي الزوجة عدتها الشرعية في بيت الزوجية دون ان تخرج ، قطعاً للشبهات والافتراءات ، وصوناً للنسب .

وكذلك اوجبت الشريعة على الزوجة متابعة الزوج بعد ادائه مهرها غير المؤجل الى المسكن الشرعي ، وهو دار الزوجية التي عيّن لها . فان لم تتابعه اليها ، او تركتها بعد المتابعة بلا حق ، تعتبر ناشزة ، ويسقط حقها عليه في النفقة الزوجية مدة نشوزها .

(ب) - الاحكام الشرعية المتعلقة ببلد الإقامة .

ومما يتعلق بالموطن ، او بلد الإقامة ، مانص عليه متأخرو الفقهاء من أنه لايجب للزوج أن يجبر الزوجة على متابعته في سفره الا الى مكان هو موطنها وقد

تزوجها فيه^(١) ، وذلك لتغير الزمان وسوء أخلاق الناس ، وقد كان الحكم في اصل المذهب انها تجبر على متابعتها ولو الى غير موطنها الذي تزوجها فيه . وكذا لا يحق للمطلقة ان تسافر بولدها الذي في حضانتها دون رضى أبيه الذي طلقها إلا الى موطنها الذي كان تزوجها فيه .

١٨٧ شأن المقام (الموطن) في ظل الاوضاع القانونية :

وبعد ان تأسست الأوضاع القانونية في هذه البلاد ، ونظمت التشكيلات المدنية ، ووضع قانون أصول المحاكمات ، وقانون التنفيذ ، وأصبح القضاء وتنفيذه تابعين للتبليغات إلى الشخص او الى مقامه ، وأصبح للمحاكم اختصاص مكاني اساسه اعتبار ان المحكمة المختصة هي محكمة مقام المدعى عليه الا في حالات استثنائية ، الى غير ذلك من الامور الكثيرة التي تتعلق باختصاص المحاكم وبالتبليغ وغيرها - بعد كل ذلك اصبح لمعرفة المقام بمعنييه (الممكن والبلد) شأن كبير في سير المعاملات القضائية ومقدماتها وتوابعها . والمقام بالنظر القانوني ثلاثة أنواع :

- (١) - المقام الاصلي او العام ، وهو الذي سلف بيانه اول البحث .
- (٢) - والمقام المختار ، وهو الذي يختاره الشخص بارادته لاعتبار صحة التبليغات الواجبة اليه وان لم يكن مقبياً فيه .

(١) - هذا اصبح معدلاً بالمادة /٧٠/ من قانون الاحوال الشخصية في سوربة وقبله بالمادة /٧١/ من قانون حقوق العائلة العثماني فقد رجع القانون بهذا الموضوع الى حكم اصل المذهب الحنفي ، فأوجب متابعة الزوجة لزوجها والسفر معه الى بلد آخر اذا قبضت معجل مهرها ولم يكن مشروطاً في عقد الزواج عدم السفر ولم يكن في نظر القاضي مانع لها من السفر .

(٣) - والمقام القانوني ، وهو الذي يعتبره القانون مقاماً لبعض الاشخاص :
كمقام الزوجة عند زوجها ، ومقام الولد الصغير عند وليه .
وقد يكون المقام واحداً للشخص وقد يمتد .

وتقصيل مباحث المقام قد تكفلت بها كتب اصول المرافعات فلتنظر
فيها . (انظر ايضاً مدخل علم الحقوق للاستاذ الدكتور محمد علي عرفة ،
ص / ٣٢٢ - ٣٢٤ / ؛ وموجز المدخل للمعلوم القانونية للدكتور مرقس
ص / ٣٢٥ - ٣٣٦) .

هذا ، وفي الحقوق الادارية والدستورية اعتبارات وأحكام هامة للمقام
قانوناً ، تارة بمعنى الوطن ، واخرى بمعنى المجر ، كما في الانتخابات النيابية :
فان كل انسان إنمّا يكون مرشحاً للنيابة عن منطقة اقامته او المنطقة التي يختارها ،
وذلك بحسب الطريقة التي يبنى عليها قانون الانتخابات من بين عدة طرائق
معروفة في الحقوق الدستورية في اصول الترشيح والانتخاب والناخب دائماً
إنمّا ينتخب في بلده وفي منطقة مقر اقامته اي مسكنه خاصة ، إلا في الحالات التي
يستثنى القانون .

وكل ذلك إنما العبرة فيه للمقام بحسب قيود سجلات الاحوال المدنية
(النفوس) لا للاقامة الحقيقة . فما لم ينقل الانسان قيد مقامه في سجل النفوس
من دائرة بلد الى آخر يعتبر مقامه حيث هو مقيد في السجل ، وان كان مقيماً
فعلاً في بلد آخر .

١٧٩ - (سادساً) النقدان

المفقود : هو الشخص النائب الذي لا يعرف مكانه ، ولا يدري نه
حي او ميت .

فاذا كانت حياته معلومة ومكانه مجهولاً فهو غائب لا مفقود .

والنظرية الفقهية في المفقود تقوم على اعتباره حياً من وجه ، ميتاً من وجه :
أ - فتمتد حياة المفقود مستمرة بالنسبة الى حقوقه التي كانت ثابتة له
قبل فقده : فلا توزع امواله بين ورثته ، ولا تتزوج زوجته غيره .

واذا كان له وكيل قبل فقده لحفظ أمواله وإدارتها تبقي وكالته ولا
ينعزل بفقده . وإذا لم يكن له وكيل ينصب القاضي وكيلاً عنه .

ب - ويعتبر المفقود كالميت بالنسبة الى استحقاقه من غيره مما يشترط فيه
تحقق حياته : فلا يرث من يتوفى من مورثيه ، ولا يستحق ما يوصى له به .
ولكن يوقف نصيبه من الإرث ومن الرصية الى ان تظهر حياته فيستحق ، او
يحكم بموته فترد الأموال المتوقف فيها الى من كان يستحقها على تقدير وفاة المفقود .
ويحكم بوفاته بناء على غلبة الظن إذا انقضت لداته - اي أقرانه في العمر -
في موطنه .

وان لم يمكن تحري الاقران يقضي بوفاته عند بلوغه التسعين من العمر .
١٨٠ - وبما ان بقاء امرأة المفقود معلقة هذه المدة فيه حرج واعانت
أخذت المادة / ١٢٧ / من قانون حقوق العائلة السابق لدينا بالاجتهاد المألوف
في شأن زوجة المفقود ، فسوّغت تطليقها منه بعد مضي اربع سنوات منذ
اليأس من معرفة خبره ، الا اذا فقد في حرب فعندئذ يمكن ان يحكم القاضي
بالتفريق بعد مضي سنة من رجوع الفريقين المتحاربين الى بلادهم .

وتعتمد الزوجة من تلويح الحكم بالتفريق ، فيباح لها بعد انقضاء العدة ان
تتزوج . واذا عاد زوجها المفقود لا ينقض نكاحها الجديد

وفي هذا مصلحة ظاهرة . حتى ان المتأخرين من فقهاءنا الحنفية أنفسهم
استحسنوا الاقتاء بمذهب مالك في ذلك .

وأخيراً جاء قانون الأحوال الشخصية في سورية سنة / ١٩٥٣ / فجوزت

المادة / ١٠٩ / منه للزوجة التي يغيب زوجها دون عذر مقبول أن تطلب الى القاضي التفريق بعد ستة من غياب الزوج .

ويشمل حكم هذه المادة المفقود أيضاً وان ورد التعبير فيها بالغياب .
وتفصيل أحكام المفقود من النواحي الأخرى الفرعية يرى في كتاب
المفقود من الفقه ، وفي المواد / ٥٧١ - ٥٨١ / من الأحوال الشخصية لقدري باشا .
١٨١ - (الزواج) - وما يتفرع عنه :

إن الزواج وما ينشأ عنه هو من اعظم الاحوال الشخصية شأناً وأكثرها
شعباً وفروعاً . وأحكامه يتألف منها كتاب واسع في أقسام الفقه وقد أفرد
أيضاً بالتأليف الخاصة .

ويشتمل على مباحث هامة في عقد النكاح وشرائطه ، وحقوق الزوجين
والمطلقات والمهرمات من النساء ، وثبوت النسب ، والنفقات والطلاق بإقسامه
ومختلف أحكامه ، وأنواع الفرقات ، والعدة ، والرجعة ، والحضانة ، الى غير
ذلك من المباحث .

وهذه المباحث وتفصيل أحكامها ترى في كتاب النكاح من المؤلفات
الفقهية وما فيه من أبواب وفصول ؛ وفي المواد / ١ - ٣٣٤ / من الأحوال الشخصية
لقدري باشا ، وفي قانون حقوق العائلة العثماني السابق لدينا وفي المواد / ١ - ١٦١ /
من قانون الأحوال الشخصية في سورية .

الأشخاص الحكيمة

الشخصية الحكيمة في الفقه الإسلامي ، وفي
النظر القانوني - عناصر الأشخاص الحكيمة
- عناصر الشخصية الحكيمة - شريعتها -
وميزاتها .

١٨٢ سنتكلم عن الشخصية الحكيمة أولاً في الفقه الإسلامي ، ثم في
الفقه القانوني ، ثم نبين عناصرها وشريعتها وميزاتها .
ومن ثم ينقسم الكلام في هذا الفرع الى ثلاثة مباحث

المبحث الأول

الشخصية الحكيمة في الفقه الإسلامي

١٨٣ - قدمنا أول هذا الفصل أن الفقه الإسلامي قد أقر الشخصية
الحكيمة ، أي الاعتبارية ، ورتب عليها أحكاماً .

وإذا رجعنا الى النصوص والمصادر الاصلية في الشريعة وجدنا فيها أحكاماً
تشعر بانها انما بنيت شرعاً على فكرة الشخصية الاعتبارية بنظر اجمالي يستلزمه
ايجاب الحكم، ووجدنا ايضاً أحكاماً أخرى تتمثل فيها صورة الشخص الاعتباري
سواءً بكل مقوماته وخصائصه في النظر للقانوني الحديث .
(أ) - ففي الحديث النبوي :

« المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسمى بغنمهم أديانهم
وم يدعى من سوامهم . »

فالفقرة الثانية منه قد اعتبر بها النبي ﷺ ما يعطيه أحد المسلمين للمحارب
طالب الأمان من دمة وقأمين سارياً على جماعتهم وملزماً لهم كما لو صدر
منهم جميعاً .

فقال الفقهاء: لا يجوز بعد ذلك قتل من أومن ولا قتاله بحجة أن معطي
الأمان ليس صاحب سلطان ، وان للامام ، اذا رأى أن إعطاء الأمان ليس في
مصلحة المسلمين السياسية ، أن ينقضه بعد انذار ، ويؤدب معطي .

ففي هذا الحكم اعتبار بمجموع الأمة كشخصية واحدة يمثلها في بعض
النواحي كل فرد منها .

ب (ومثل ذلك ما أقره الإلام في نصوص مصادره الاصلية من حق كل
فرد من الناس أن يخاصم ويدعي في الحقوق العامة من عقوبات الحدود وسائر
أمر الحبس ، كإزالة الأذى عن الطريق ، وقمع الغش ، والتفريق بين الزوجين
المستمرين على الحياة الزوجية بعد البتونة بالطلاق ، وغير ذلك ، وان لم يكن
للمدعي في شيء من ذلك علاقة بالموضوع أو ضرر منه يدفعه عن نفسه مما
يشترط في صحة المحصومات والدعاوى في الحقوق الفردية .

فهذا وكل ما تتجلى به فكرة الحق العام في الاحكام الاسلامية يدل على

تصور شخصية حكيم لتلك المصلحة العامة التي يمارس حق الادعاء باسمها .
وكل هذا انما يدل على مبدأ التمييز في الاسلام بين الافراد وحقوقهم الخاصة وبين جماعتهم وحقوق أخرى لها مستقلة عن حقوقهم ، وان لم يكن في ذلك سوية للشخصية الحكيم بالاعتبار الحقوقي الحديث الذي يتصور فيها شخصية ذات ذمة وأهلية لثبوت الحقوق المالية لها وعليها مستقلة عن حقوق الافراد .

على أن هذا المعنى الحقوقي في الحديث للشخصية الحكيم انما يتجلى على أنم صوره وأكملها بنظرية التشريع الاسلامي في بيت المال ، وفي نظام الوقت وفي الدولة التي يمثل فيها رئيسها صاحب السلطان جماعة الامة .

١٨٤ - (أ) شخصية بيت المال :

ففي بيت المال الذي هو خزينة الدولة العامة جاء الشرع الاسلامي بنظرية فصل بيت المال عن مال السلطان ومملكه الخاص فاعتبر الشرع بيت المال جهة ذات قوام حقوقي مستقل يمثل مصالح الامة في الاموال العامة : فهو يملك ويملك منه ، وعليه ، ويستحق التركات الخالية عن أوت أو وصية ، ويكون طرفاً في الحصومات والدعاوى .

ويمثله في كل ذلك أمين بيت المال بالنيابة عن السلطان من خليفة أو سواه .
وليس للسلطان حق شخصي فيه الا كفايته لقاء عمله ، وليس له أن يأمر لاحد منه بشيء الا بحق ومسوخ شرعي .

وقد شبه وضع الخليفة منه ، في كلام عمر رضي الله عنه ، بوضع الوصي من مال اليتيم بقوله : « أفؤلت نفسي من بيت مال المسلمين بمنزلة وصي اليتيم للنح » ...

وقبل الاسلام كان في معظم الامم بيت المال وجيب الملك شيئاً واحداً .

شخصية فروع بيت المال :

حتى ان بيت المال في الاسلام قد قسم الى أقسام وفروع ، كل منها يعود الى جهة من الحقوق والتفقات .

وبكاد يعتبر كل قسم من أقسامه ذا شخصية حكومية منفصلة عن شخصية القسم الآخر ضمن الشخصية الكبرى لبيت المال العام ، لان لكل قسم استحقاقات وأحكاماً تخصه . فلا ينفق من قسم فيما يعود الى آخر على سبيل الخلط بل على سبيل القرض بين تلك الفروع ، كما عليه الفكرة المالية القانونية الحديثة في تنظيم خزينة الدولة العامة وفروعها (ر : مصارف بيت المال من كتاب الجهاد في الدر المختار ورد المحتار ٣ / ٢٨٠ - ٢٨٢ وفي غيرهما من الكتب الفقهية) .

١٨٥ (ب) شخصية الوقف :

وكذلك نظام الوقف في الإسلام ، فان نظامه منذ أول نشأته في عهد الرسول ﷺ يقوم على أساس اعتبار شخصية حكومية للوقف بالمعنى الحقوقي الحديث :

- فالوقف ملك محجور عن التملك والارث والهبة ونحوها ، وهو مرصود لما وقف عليه .

- والوقف يستحق ويستحق عليه وتجري المقود الحقوقية بينه وبين أفراد الناس ، من ايجار وبيع غلة واستبدال وغير ذلك .

ويمثل في كل هذا من يلي أموره ، ويسمى : قياً أو ناظراً أو متولياً . ويكون مسؤولاً عن صيانة حقوق الوقف تجاه السلطة القضائية .

- ويشترى المتولي للوقف ما يحتاج إليه ، فيملك الوقف ويدفع ثمنه من غلته .

- وكذلك يستدين المتولي لجهة الوقف عند الحاجة بإذن القاضي .
فالوقف في كل ذلك يكون هو المالك والدائن والمدين ، لا المتولي عليه ولا المستعدين فيه . وهذا مقرر معلوم في احكام الوقف الفقهي .
حتى ان الفقهاء قد ذهبوا الى مدى واسع في تجريد شخصية الوقف عن شخصية الواقف نفسه ، ولو كان هو القيم على وقفه ، فقرروا أنه اذا خانت الواقف المتولي مصلحة الوقف أو أساء التصرف في أمواله ، أو خالف شروط الوقفية التي اشترطها ، يتزع الوقف من يده ، ويضمن لجانب الوقف ما يوجب الشرع ضمانه على كل أمين من موجبات الحياة أو التقصير أو التفريط ^(١) (ر) .
بحث عزل الناظر من كتاب الوقف في فتح القدير ، وفي الدر المختار ٣٨٤/٣ - (٣٨٦) -

(١) - من المسائل المهمة التي تدل على اعتبار الشخصية المعنوية في نظر الفقهاء وان لم يسوها بهذا الاسم ما ذكر في آخر كتاب القاضي الى القاضي من انبه :

« لو كانت تولية الوقف أو غلته مشروطة للقاضي أو للعلاء يجوز للقاضي ان يقضي بالوقف ان اختلف في صحته ، ولا يعد هذا قضاء لنفسه وان كان يستحق فيه التولية او الغلة بصفة كونه قاضياً او من العلاء . بخلاف ما لو كانت غلة الوقف مشروطة لشخصه بدون وصف للقضاء فانه لا يجوز ان يقضي بالوقف » .

هذا ما نقله في الدر وحاشيته عن نظم الرهبانية وشرحها لابن الشحنة .
وذلك لأنه في حالة الشرط لشخصه اذا قضى يكون قضاء لنفسه شخصياً =

١٨٦ - (ج) شخصية الدولة :

ثم ان الفقهاء قد قرروا من الاحكام لتصرف السلطان والحكم ما لا يمكن تفسيره الا باعتبار أن الدولة شخصية حكومية عامة يمثلها في التصرفات والحقوق والمصالح رئيسها ونوابه من سائر العمال والموظفين في فروع الاعمال ، كل بحسب اختصاصه ، في كل من النواحي الخارجية والداخلية والمالية
فمن تلك الاحكام ما يلي :

(١) - في الناحية الخارجية :

ففي السياسة الخارجية قد اعتبروا ان ما يبرمه الامام او الامير او القائد من الصلح والمعاهدات هو عتوم وملزم للامة لا يجوز للامام أو الرعية مخالفته ، ما لم ينته اجله ، او ينقض نقضاً مشروئاً بعد اذار وامهال ، او يخل الطرف الثاني بعهده فيه كما تقضي به نصوص الشريعة (ر : الدر المختار ، بحث الصلح ، اوائل كتاب الجهاد) .

وصرح الفقهاء ايضاً أن ما يفتح من البلدان صلحاً يجري الامام فيه على

== أما في حالة ارتباط الشرط بوصف القضاء يكون قضاؤه لالنفه بل الشخصية المعنوية التي يمثلها القاضي .

- ومنها ايضاً تصريح الحنفية بعدم انفساخ الاجارة في الوقف بموت الناظر المأجر مع ان الاجارة عند الحنفية تنفسخ بموت احد العاقدين .

وقد علل في الاسعاف عدم انفساخها بموت ناظر الوقف بقوله : دلالة عقدها لامل الوقف ، كما في التنقيح ص / ١٦٥ / من الجزء الاول .

فدل ذلك على اعتبارهم ان المتولي في الوقف يمثل شخصية حكومية هي الجهة الموقوفة عليها .

موجب الصلح ، ولا يجوز لمن بعده من الائمة والامراء ان يغيروه (أول باب المغنم من الدر المختار) .

ومعنى هذا اعتبار الدولة ، من الوجهة السياسية الخارجية ، شخصاً حكيمياً يمثلها الامام ويتعاقد باسمه ، وفقاً لنظريات الحقوق الدولية الحديثة .

(٢) - في الناحية الداخلية :

وفي ناحية الادارة الداخلية قد صرح الفقهاء ان العمال ، اي الموظفين لا لا ينزلون بموت السلطان الذي عينهم .

وصرحوا ايضاً ان القاضي المأذون بالاستنابة ، اذا استناب غيره في القضاء ، يكون نائبه نائباً عن السلطان رأساً ، لا عن القاضي المستناب ، وذلك كوكيل الوكيل اذ يعتبر وكيلاً عن الموكل الأول . لكن الوكيل ووكيله ينزلان بموت الموكل ؛ أما نائب القاضي ، فكما لا ينزل بعزل القاضي ولا بموته ، لا ينزل أيضاً هو ولا القاضي بموت السلطان أو خلمه ، وانما ينزلان كلاهما اذا عزلها السلطان قصداً .

وقد عللوا ذلك بأن : « الوكيل يعمل لمصلحة الموكل الخاصة وبولاية منه ، وقد بطلت أهلية الولاية بموته فينزل ووكيله . اما القاضي فلا يعمل بولاية شخصية من الخليفة أو السلطان ولا في حقه الخاص ، بل بولاية الأمة وفي حقوقها ، وانما الخليفة بمنزلة رسول معبر عن الامة - اي يمثل لها باصلاح لغة العصر - فيكون فصله بمنزلة فصل جماعة الامة ؛ وان ولايتهم في مصالحهم بعد موت الخليفة أو خلمه باقية ، فيبقى القاضي ونائبه على ولايتها .

وهذا بخلاف العزل القصدي من الخليفة ، فانه اذا عزل القاضي أو نائبه أو الوالي ينزلون ، لأن سلطة العزل بمنوحة للخليفة أو السلطان من قبل جماعة

الامة ؛ لأنهم بتوليتهم أمرهم ، يعتبرون قدولوه حق استبدادهم بالمال بدلالة الحال
لتعلق مصلحتهم بذلك . فاذا عزل أحداً فكأنما عزلته جماعة الامة . فهو الفرق
بين العزل والموت .

(البدائع ، فصل ما يخرج به القاضي عن القضاء . ورد المختار ، فصل
الحبس من كتاب القضاء . وشرح الكنز للزيلعي ، كتاب الوكالة . وان عبارة
التحليل المنقولة هي البدائع بتصرف بسيط) .

وهذا من أظهر النصوص الفقهية في اعتبار الامة بمجموعها - أي الدولة -
شخصاً حكماً في ادارتها الداخلية تجاه أفرادها ، يمثلها في هذه الادارة العامة
السلطان ونوابه في فروع الاعمال ، وتعتبر تصرفاتهم في هذه الاعمال ضمن حدود
المصلحة مضافة الى الامة كأنها صادرة عنها .

٣ - في الناحية المالية :

وفي ناحية المسؤولية المدنية ، وهي التي يبرز فيها وجه الذمة المالية في
شخصية الدولة قد نص الفقهاء أيضاً ان القاضي اذا أخطأ بقضائه دون عمد في
الحقوق العامة الخالصة - حقوق الله - بما لا يمكن فيه التلافي ، كتقطع يد
السارق اذا ظهر بعده أن الشهود عيب مثلاً ، لا يضمن القاضي الدية بل ضمانها
في بيت المال ، لان القاضي انما حمل في ذلك لمصلحة الامة عامة ، لمود منفعة الحد
اليهم وهي الزجر ، فكان خطؤه عليهم ، فيؤدى الضمان من بيت مالهم (البدائع
فصل خطأ القاضي ج ٧ ص ١٦٦ / ، ورد المختار ، وأخر فصل الحبس من
كتاب القضاء) .

١٨٧ - ومقتضى هذه النصوص المتقدمة وأمثالها أن الفقهاء قد
اعتبروا لمجموع الامة او الدولة شخصية حكومية ذات أهلية وذمة مستقلة عن

شخصيات أفرادها الذين تتألف منهم . ولها مالية خاصة مستقلة عن أموالهم ،
وان كانت تجبى منهم ، وهي بيت المال .

واعتبروا أعمال الأعمال العامة التي لها نيابة عن الخليفة أو السلطان يمثل
الامة - وباصطلاح اليوم : عناصر وفروع السلطة التنفيذية من وزارات
وادارات وقضاء - فروعاً متفرعة عن شخصية الدولة الكبرى ، ويمثلونها كل
منهم في دائرة اختصاصه .

فما كان منهم من خطأ معذور فالتزام ضمانه في ذمة شخص الدولة ، ويوفى
من خزينتها المالية العامة .

وهذا يتفق تماماً مع النظريات الحقوقية الحديثة في مسؤولية الدولة
فنستطيع القول إذن بأن الفقه الاسلامي ، في نطاق الشخصية الحكيمة ،
قد بنى أحكامه على اقرار فكرة هذه الشخصية واعتبار خصائصها . وان عدم
التسمية لا يدل على عدم المسمى ، وإنما العبارة للفقهاء والاحكام .

١٨٨ - غفلة بعض الفقهاء في هذا الشأن

على أن بعض الفقهاء لم يحسنوا تصور فكرة الشخصية الحكيمة واستنباط
مفهومها من نصوص الاحكام الفقهية التي تدل عليها ، فوردت لهم بعض مباحث
وأراء تتنافى مع فكرة الشخصية الحكيمة وأحكامها الاساسية :

(١) - فمن ذلك اختلاف متأخري الفقهاء في ان الاوامر السلطانية المتعلقة
بالقضاء بما يعود الى صلاحية السلطان في المصالح المرسلة (كالامر بعدم مجامع
الدعوى بحق بعد مرور خمسة عشر عاماً عليه - وهي قضية التقادم ، أو مرور
الزمن) هل تبطل بموت السلطان الأمر فلا يلزم بها القضاء إلا اذا تجدد الامر
بها من السلطان الجديد ، او يستمر حكمها ؟

فقد جنح خير الدين الرمي إلى بطلان الامر والنهي ولزوم تجديده بموت
السلطان ، وبتبدل القاضي . وقد تابعه في ذلك العلامة ابن عابدين في رد المحتار
(ر : أواخر فصل الحبس في كتاب القضاء من رد المحتار ، وتقريرات
الراضي عليه) . .

فلا جرم أن النظر الفقهي السديد لا يفسح مجالاً للاستنباء والاختلاف في
استمرار حكم الامر والنهي بعد موت السلطان ، وعدم الحاجة الى تجديده حتى
للقضاة الذين يعينون مجدداً بعد صدور الأمر الى أسلافهم . ذلك لأن السلطان لم
يصدر أمراً مقيداً بشخص هذا القاضي ، وإنما أصدره في الحقيقة الى المحكمة التي
يمثل القاضي شخصيتها . وهو أيضاً لم يصدره باسمه الشخصي بل باسم شخصية
الدولة التي يمثلها .

فلا يبطل أمره بموته كما لا يبطل بموته تعيينه للقاضي نفسه باتفاق الفقهاء ،
بل هذا أولى ، لأن أمر السلطان بعدم سماح الدعوى بعد التقادم أمر قانوني
خوله إياه الشرع ، فيلحق بالتشريع ، فله صفة الدوام في نظر الفقه ، بينائمين
القاضي إنما هو تنفيذ يمارسه الامام بصفة أنه منفذ للاحكام الشرعية
الواجبة التطبيق .

ولذا استقر العمل الفقهي على ذلك ، وهو ظاهر أحكام المجلة . وان
النصوص الفقهية تدل على هذا الاعتبار كما سلف بيانه بنقلها .

(٢) - ومن ذلك أيضاً ما ورد في كلام بعض الفقهاء « ان للوقف لازمة
له » ، وإنما تثبت ديونه في ذمة متوليه أولاً ، فتؤخذ من ماله أو من تركته اذا
توفي ، ثم يرجع هو أو ورثته بها من مال الوقف (ر : الفتاوى الحيرية ، وتنقيح
الحامدية ، أواخر الوقف ج ١ ص ٢٠٦) .

فكأنما تصور القاتلون بذلك أن الذمة لا تكون الا لشخص طبيعي من أفراد الناس ، وهم في الوقت نفسه يرون ان الوقف تثبت الحقوق شرعاً له وعليه ، فالتجزؤ الى هذا التخريج ، وانخذوا من ذمة المتولي الشخصية جسراً . ولكنهم وقصوا فيما نهبوا منه : فقد أثبتوا في النهاية للمتولي ولورثته من بعده حق الرجوع في مال الوقف !!

وليس معنى هذا إلا أن الوقف يستحق عليه ، فيكون مديناً للمتولي ، فيجب أن تكون له ذمة . فلماذا لا يكون مديناً لصاحب الحق الاصلي مباشرة ! على أن الفقهاء نصوصاً أخرى خلاف ذلك كلها تقيد بظواهرها ثبوت الدين على الوقف رأساً بلا واسطة ذمة المتولي (ر : التنقيح أيضاً من المحل المذكور ، نقلاً عن الفتاوى الكبرى للصدر الشهيد) .

وهذا هو الرأي السديد الذي يتفق مع فكرة الشخصية الاعتبارية . أما الرأي الاول فهو لف ودوران لا حاجة اليه ، بل عائد على موضوعه بالنقض كما رأيت . وهو مبني على غفلة من أصحابه مما أقره الفقهاء من ذمة وخصائص للشخصية الحكيمة في مواطن أخرى . فالذمة لا تختص بالشخص الطبيعي ، وان الاحكام الفقهية تؤيد ذلك ، ونصوص الفقهاء في بيت المال وذمته ، بل وذمم فروعهِ أيضاً ، لا تدع شبهة في هذا الشأن .

(٣) - اختلف رجال المذهب الحنفي في صحة الوصية للمسجد ونحوه من المنشآت : فقليل تصح مطلقاً وقيل اذا أوصى بالمال لينفق على مصالح المسجد صح ، اما اذا أوصى للمسجد نفسه فلا يصح ، لان المسجد لا يملك . لكن الراجح هو الرأي الاول في صحتها مطلقاً ، وتصرف الى مصالحه وهو قول الامام محمد .

قال ابن عابدين في رد المحتار :

« وينبغي ان يفتى بصحة الوصية للازهر ، وتصرف لطلبته كما
يقضي به العرف ، ٥١ »

ولرأيه لوحظ أمر الشخصية الحكيمة التي أقرها الاجتهاد الحنفي نفسه
في مواطن عدة لما كان هناك مجال لهذا الاختلاف في صحة الوصية للمسجد وغيره
من المنشآت ذات الشخصية .

فمثل تلك المباحث التي تتنافى مع فكرة الشخصية الحكيمة من بعض
الفقهاء لا تدل على ما ينافي تلك الفكرة من أصل الفقه ، ولنا تدل على عدم
انتباه الباحثين إليها الى مقتضى تلك النصوص الأصلية المعتبرة في الفقه الاسلامي .
والهم هو ان غيز بين فهم بعض الفقهاء في آرائهم وتخريجهم للأحكام
الفرعية ، وبين قواعد الشريعة ونصوصها وأحكامها الأساسية ، كحكمها العام
في نظرية بيت المال والوقف .

فما يفهم بعضهم في تخريجاته هو رأي فقهي قابل للنقاش قد يخطئ فيه
صاحبه وقد يصيب .

والحكم في الموضوع لانا هو النصوص والأحكام الأساسية للشريعة
ومفاهيمها في مجموع مذاهبها الفقهية . وقد رأيت انها يتجلى فيها اعتبار الشخصية
الحكيمة وخصائصها بأكمل صورة من الاهلية والذمة^(١) .

(١) - اطلعت في العام الماضي وأنا بمصر على بحث للأستاذ الجليل الفقيه
الشيخ علي الحنيف عن الشخصية المعنوية في كتابه « الحق والذمة » الذي بدأ
باخراج جانب منه منذ ثلاثة أعوام في الوقت الذي أخرجت فيه هذا البحث عن
الشخصية الحكيمة في الطبعة الأولى من كتابي هذا . فاذا به يستقر على مثل =

(تابع الحاشية)

= ما استقر عليه بجني هنا من ان فكرة الشخصية الحكيمة قد أفتا بها الفقه الاسلامي قديماً ، وجنى عليها أحكاماً هامة قبل ان تسمى بهذا الاسم القانوني الحديث .
وقد رأيت من المفيد أن ألخص هنا في هذه الطبعة ، تأييداً للبحث ، ما بينته الأستاذ المشار اليه في هذا الشأن

فقد نقل أولاً نظير ما نقلناه آنفاً من قول بعض الفقهاء الحنفية « ان الوقف لا ذمة له » ، وذكر اختلافهم في صحة الوصية للسجد ونحوه ، ثم قال الأستاذ الخفيف حفظه الله ما خلاصه :

« وبما عني ما تقدم قال بعض المشتغلين بالفقه في هذه الايام :
ان الحنفية لا يقولون بالشخصية المعنوية كشخصية الحكومات ،
والمنشآت ، والمصالح ، والشركات !!

ولكننا نرى في مؤلفاتهم الفقهية والاصولية انهم كثيراً ما يقررون لمثل هذه الجهات أحكاماً تقتضي ان لها حقوقاً تجبها غيرها يطلبها من يقوم عليها من ولي أو ناظر ، وان عليها واجبات مالية يطلبها أربابها من له الولاية على هذه الجهات التي شأنها في ذلك شأن الصبي غير المميز ومن في حكمه .

- من ذلك أنهم جعلوا لناظر الوقف ان يبيع محصول اراضي الوقف ، وأن يشتري لها ما تحتاج اليه من آلات ودواب .
ويكون ما يشتريه ملكاً للوقف لا للمستحقين ولا سائبة بلا مالك ، لان ذلك يتنافى مع عقد الشراء .

فأصبحت جهة الوقف بذلك بائعة ومشتوية ، وكان لها من الحقوق ما يكون لكل بائع أو مشتري ، وعليها من الواجبات =

(تابع الحاشية)

= الالتزامية ما يكلف به كل بائع او مشتر .

— وإذا أجر الناظر أعيان الوقف فتأخر المتأجر في أداء الاجرة يكون مديناً بهـ الجهة الوقف ، لا لناظر عليه ، ولا للمستحقين فيه .

— وإذا اشترى الناظر على الوقف شيئاً له بالنسيئة كان المدين جهة الوقف في دفع الناظر الثمن من غلته ، وإذا عزل صح ان يطلب الثمن من حل محله .

وإذا جاز للبائع ان يطالب به الناظر الموزول بعد عزله فذلك لانه كالوكيل عن الوقف فتراجع حقوق عقده اليه بحسب القاعدة العامة في الوكالة : ان حقوق العقد ترجع الى العاقد . فيدفع الناظر الموزول الثمن ، لكنه يكون ديناً له على جهة الوقف يرجع به .

— ومثل هذه الاحكام تجده كثيراً لبيت المال والناظر عليه في الفقه الحنفي : فيستحق بيت المال ويملك جميع التركات التي لا مستحق لها ، وله أموال وأملاك اذا استغنى عن شيء منها ببيع باسمه ويكون ثمنه له ، كما أنه تستحق فيه النفقة للفقراء العاجزين الذين لا عائل لهم شرعاً ، وأجور العمال ورواتب الموظفين من ولاية وقضاة ومفتين ومعلمين

وقد أجازوا للامام ان يستقرض لبيت المال عند الحاجة ، فيعتبر بيت المال هو المدين بالقرض (واجمع الفتاوى الهندية ج ١ ص ١٩١) .

(تابع الحاشية)

= وهكذا تجد في أحكامه ان له حقوقاً وعليه تكاليف ، وليس
للشخصية والذمة معنى إلا هذا .

أليس هذا كافياً لأن نطعن الى أن الحنفية يقولون بالشخصية
المعنوية وان لم يتطقوا بهذه الألفاظ لأنها نتيجة اصطلاح حديث ؟
هذا هو ما يجب ان يفهم . والا فكيف يدابر شرعاً مستشفى قد
وقفه منته ، ووقف عليه أموالاً ؟

أليس يحتاج الى اطباء وممرضين وخدم ، وكل هؤلاء يستحقون
أجورهم من مال المستشفى ؟

ثم أليس يحتاج دائماً الى شراء أثاث وادوات وأدوية ، فيكون
لبائعها شرعاً مطالبة المستشفى بشئها ؟

واذا عولج فيه مريض بالأجرة ألا تستحق جبة المستشفى في ذمتهم
هذه الاجرة ، فيطالبهم بها مديره فتكون ملكاً للمستشفى لا للمدير ؟
أليس كل ذلك يقضي بثبوت الشخصية والذمة لجهاز لاجابة لها ؟
لقد أصبحت المسألة واضحة لا تحتاج بعد ذلك الى بيان .

وكل هذه الأحكام شرعية لا يختص بها مذهب دون آخر . ولذلك
نستطيع أن نقول : ان فقهاء الشريعة كافة يقولون بالشخصية
الحكسية ، لا فرق بين الحنفية وغيرهم .

على أن مذهب الشافعية والمالكية في ذلك أوضح وأصرح نصراً :
— فقد صرحوا : « أن الوصية للمسجد صحيحة وان أويدها
تخليكه ، لان المسجد في منزلة شخص حر يملك » (نهاية المحتاج
لرمل الشافعي طبة الحلبي ج ٣ ص / ١١٦ وج ٦ ص / ٤٦) =

المبحث الثاني

الشخصية الحكمية في النظر القانوني

١٨٩ - تعريف الشخص الحكمي

الاشخاص الحكمية في نظر الحقوق الحديثة والقانوت توافق في التصور الاشخاص الطبيعيين ، وتعد جزءاً من مفهوم الاشخاص العام لا ينفصل عنه . وقد عرف الحقوقيون الشخص الحكمي بأنه :

= وصرح المالكية في الوقف بأن الموقوف عليه ، يجب ان يكون أهلاً لتملك حقيقة كالشخص المعنوي والفقراء ، أو أهلاً لتملك حكماً كالقنطرة أو المسجد ، (شرح الزرقاني على متن خليل في الوقف) . فقد اعتبروا كما ترى التناظر والجسور أهلاً لتملك حكماً وليس معنى ذلك إلا ثبوت الشخصية الحكمية بما لها من أهلية وذمة . اما ما جاء في بعض كتب المالكية من نفي أهلية الملك عن المسجد فائماً مرادهم به نفي الأهلية الحقيقية لا الحكمية ، جمعاً وتوفيقاً بين النصوص .

فيتضح بما ذكر ان جميع المذاهب في الفقه الاسلامي تقرر الشخصية الحكمية ، وتقرر لها الذمة كتقديرها في الانسان ، اذ لا شخص بلا ذمة . وفقهاء الشريعة في هذا يتفقون مع فقهاء القانون ، ام كتاب الحق والذمة (الطبعة الاولى) ص / ٩٦ - ١٠٢ / ملخصاً .

« شخص اعتباري يتكون من اجتماع جماعة من الاشخاص الطبيعيين ،
ابتغاء غرض مشترك ، ينشئون باجتماعهم شخصية ذات حقوق
وواجبات متميزة مستقلة عما لافرادهم » (دائرة المعارف الفونسية الكبرى
تحت كلمة : Personne) .

وهذا التعريف في الحقيقة غير جامع ، فقد تقدم وسيأتي أيضاً أن الشخصية
الحكومية لا تخص بما ينشأ من اجتماع افراد طبيعيين كالشركة والجمعية ، بل قد
تنشأ عن مشروع أو مؤسسة لخدمة ذات منفعة عامة كالزوقف ، والمدارس
والمنشفيات ونحوها من المؤسسات .

فالاولى أن يقال في تعريف الشخص الحكمي :

« شخص يتكون من اجتماع عناصر أشخاص أو أموال بقدر
له التشريع كياناً قانونياً منزعاً منها مستقلاً عنها » .

وبهذا التعريف يتضح أن الشخص الحكمي يفرق عن الشخص الطبيعي
من ناحيتين :

(١) - ان الشخص الحكمي وجوده قانوني ، أي تقديري اعتباري لاصحي .
أما الشخص الطبيعي فذو وجود مادي محسوس .

(٢) - ان الشخص الحكمي وجوده تبعي ، أي انما يكون تابعاً دائماً
لوجود مجموعة من اشخاص طبيعيين أو أموال . أما الشخص الطبيعي فوجوده
مستقل بنفسه في الواقع والاعتبار .

تعاريف أخرى يمكن ان نضمها للشخص الاعتباري :

(١) - الشخص الاعتباري هو شخص ذو وجود قانوني يتكون من اجتماع
اشخاص طبيعيين ، أو من قيام مؤسسة مالية لغاية مشروعة معينة .

٢) الشخص الاعتباري هو شخص يتكون من عناصر أشخاص أو أموال
يقدر له التشريع كياناً (قانونياً) مستمداً منها مستقلاً عنها (قابلاً للالتزام
والالتزام)

ويمكن الاستغناء عن ذكر الاهلية للالتزام والالتزام لان معنى الشخصية
يستلزمها .

ولعل هذا التعريف الاخير أوضح وأرجح من غيره .

١٩٠ - انواع الاشخاص الحكيمة :

لكي يمكن فهم فكرة الشخصية الحكيمة بوضوح في النظر القانوني يحسن
تقسيم الاشخاص الحكيمين وتصنيفهم الى طائفتين اساسيتين هما : الاشخاص الحكيمة
العامة ، والاشخاص الحكيمة الخاصة .

١٩١ - (اولا) - الاشخاص الحكيمة العامة :

ان الاشخاص الحكيمة العامة هي التي يتعلق بوجودها مصالح مشتركة
بين جميع الناس

وهذه الاشخاص العامة تنطوي على زميرتين هامتين :
الاولى (- مصادر السلطة العامة وفروعها .

والثانية (- المنشآت العامة .

وسنتولى ايضاحها فيما يلي :

١) - مصادر السلطة العامة .

ان مصادر السلطة العامة هي الدول وتقسيماتها الادارية .

فالدولة تأتي في رأس قائمة الاشخاص الحكيمة العامة ، ثم تليها اجزاؤها
القانونية .

وايضاح ذلك : ان الدولة تشمل على سلطة حاكمة ، ومكان محدود
فتقسيم السلطة لاجل توزيع العمل تتولده الزارات والادارات المختلفة ،
كوزارة المالية ، والمعدية ، والداخلية ، والخارجية الخ . وشعبها الادارية .
- والتقسيم المكاني تتولد منه الولايات أو المحافظات ، ثم الانضبة ،
ثم النواحي

ولكل دولة أسلوب وترتيب واصطلاحات أسماء في تقسيماتها المكانية ويقوم
على رأس كل قسم يمثل للحكومة في ادارته
فروع الدولة هذه في تقسيم السلطان او المكان هي اشخاص حكبية ،
ولها أموال مخصصة للخدمة العامة ولمنافع الجماعة دون تمييز بينهم ، ولها ميزانية
مالية خاصة تعد كفروع لبيت المال العام (خزينة الدولة) مستقل بعضها عن
بعض . وتعقد كل منها العقود وتلتزم الالتزامات ، فتستحق ويستحق عليها
كل ذلك تمارسه بواسطة من يمثل الحكومة فيها من وزير فمن دونه . وان
ذمة كل منها كفروع من ذمة للدولة العامة .

ويجب أن يلحظ أنه في كلا التقسيمين المكاني والسلطاني لا يعتبر الجزء
شخصاً حكبياً مستقلاً غير مندمج في غيره الا إذا منحه قوانين الدولة هذه
الشخصية . فقد تعتبر المدينة او بعض فروع الوزارات شخصاً حكبياً ، وربما
لا تعتبر ، وذلك بحسب التشريع الاداري في الدولة .

ب) - المنشآت العامة :

ان المنشآت العامة هي المؤسسات المخصصة لمصالح ومرافق عامة ،
كالجامعات العلمية ، والمستشفيات ودور اليتام ، وكالتحابر الفنية ، ودور الاذاعة
اللاسلكية اليوم ونحوها ؛ اذا كانت هذه المنشآت حكومية .
فلهذه المنشآت شخصية قانونية وذمة مالية بالمعنى المتقدم .

وقد تكون تابعة للدولة كلها او لبعض أقسامها المكانية من اقليم او محافظة او ناحية او مدينة .

ويتروى على هذه التسمية انه عند الغاء هذه المنشآت وزوال شخصيتها تقع ادارة المرافق الداخلة في اختصاصها على عاتق الدولة او على عاتق النظم التابعة له .

والفرق الاساسي بين المنشآت العامة وبين فروع السلطة الادارية في الدولة كاللوائح الفرعية في الوزارات ، ومصلحة الري ، والمكوس (المجاريك) ونحوها ، هو أن المنشآت العامة لا تهدف الى سد حاجات ادارة اقليمية في اقسام الدولة ، وانما هدفها خدمة مصلحة معينة من المصالح العامة ، عليا او خيرة او غير ذلك .

١٩٢ - (ثانياً) - الأشخاص الحكيمية الخاصة :

ان الاشخاص الحكيمية الخاصة تتميز عن العامة بانها ليست متفرعة عن الدولة ومشاريعها ؛ وانما هي ناشئة عن رغبة او رغبات فردية محضة . فهي غريبة عن الجهاز الاداري في الدولة ، ولكن هذا لا يمنع أن يكون منها ما يرمي الى تحقيق منفعة عامة كما سنرى (١) .

وهذه الاشخاص الحكيمية الخاصة اقسام يتميز بعضها عن بعض من ناحيتين :

(١) - وهذا الفرق في المنشأ بين الاشخاص الحكيمية العامة والخاصة من حيث إن الاولى متفرعة عن الجهاز الاداري للدولة ، والثانية عن رغائب الناس ونشاطهم تنشأ عنه نتيجة هامة : هي ان الاشخاص الحكيمية العامة تشمل سلطات الدولة التي تتوقف عليها غاياتها العامة كالاستيلاء للنفع العام ، بخلاف الاشخاص الحكيمية الخاصة الآتية الذكر .

(١) من ناحية تكوينها (٢) ومن ناحية الغرض الذي ترمي اليه .

- فهي من ناحية تكوينها تنقسم الى قسمين : المؤسسات ، والجماعات .
- ثم الجماعات من جهة أغراضها تنقسم ايضاً الى قسمين : الشركات ،
والجمعيات .

(أ) - المؤسسات ، والجماعات :

(١) - يراد من المؤسسات المشاريع الخيرية او الثقافية او الاجتماعية المزودة
بتنظيم مادي ومجود مالي يكفل حياتها ، كالمستشفى الذي ينشئه أحد المحسنين ،
ويرصد له مورداً مالياً بحيث يكفي نفسه بنفسه . ومثل ذلك ايضاً المدارس
والملاجئ والمباني التي ينشئها الافراد ويرصدون لها الاموال
فكل مشروع من أمثال هذه المشروعات هو مؤسسة تعتبر لها شخصية
حكومية تسبباً لمهته . وان شخصيته مستقلة عن أشخاص العاملين فيه
والمتنفعين منه .

ويمثل شخصية هذه المشاريع في العقود والالتزامات من يقوم على ادارتها
من مدير ونحوه .

والأوقاف في التشريع الاسلامي تعتبر من قبيل هذه المؤسسات ذات
الشخصية الحكومية ، فان هذه المؤسسات انما يتوصل الى إنشاء أشخاصها عن
طريق الوقف او الوصية .

(٢) - أما الجماعات فتقصد بها الاشخاص الحكومية الخاصة التي قوامها
مجموعة من الافراد يتعاونون بتوحيد جهودهم على تحقيق غرض او أغراض معينة ،
فينشئون باجتماعهم شخصية اعتبارية تستع بالأهلية للحقوق والواجبات ، مستقلة
عن شخصياتهم .

(ب) - الشركات والجمعيات :

إن تلك الجماعات الآتفة الذكر تنقسم الى قسمين مختلفين بينهما بون شاسع من جهة غرض كل منها ، وهما : الشركات ، والجمعيات .

(١) - فإذا كانت الجماعة انما تكتلت على نفسها وحدثت جهودها على عمل مشترك بغية اكتساب المال واقتسام الارباح ، فذلك هي الشركة .

(٢) - وإذا كانت الجماعة انما اتفقت على التعاون في بذل جهودها واستخدام معارف أفرادها ونشاطهم بصفة دائمة لتحقيق غرض آخر غير الربح المالي للأفراد ، من الأغراض العلمية او الخيرية او الادبية او الاجتماعية او السياسية او نحو ذلك ، فذلك هي : الجمعية .

ويمتثل في الجمعيات الاحزاب السياسية اذا ألفت بتخصيص وسمي من السلطات المختصة في الدولة ، فانها تعتبر اشخاصاً حكومية بالمعنى المصروح .

ملاحظة

هذا ، ويجب أن يلاحظ أن الشركات لا تكون ذات شخصية حكومية الا اذا أسست وفقاً للشرائط والأحكام القانونية المنصوص عليها في قانون التجارة . وكذلك الجمعيات ايضاً لا تكون شخصاً حكيمياً الا اذا تألفت وفقاً لأحكام قانون الجمعيات .

ومن هنا كانت الشركات نوعين :

(١) - الشركات العادية : وهي المؤسسة وفقاً للاحكام الفقهية الاصلية . وهذه لا تعتبر من الاشخاص الحكومية الخاصة .

(٢) - والشركات القانونية : وهي المؤسسة وفقاً للشرائط التي تعتبرها القوانين التجارية من الاشخاص الحكومية .

١٩٣ - (أ) فأما الشركات العادية ، وهي المؤسسة وفقاً للأحكام
الفقهية الأصلية في الفقه الاسلامي ، فتقسم بحسب موضوعها الى ثلاثة انواع :
شركة اموال ، وشركة أعمال ، وشركة وجود .

وكل من هذه الثلاث تنقسم بحسب صفاتها وأحكامها الى قسمين : شركة
عنان وشركة مفاوضة ، كما سيرى في محله من قسم العقود المسماة ان شاء الله^(١)
وانما لم تعتبر هذه الشركات العادية من الاشخاص الحكيمة الخاصة ،
لأن الفقهاء لم يثبتوا لها الاحكام التي تقتضي اعتبار هذه الشخصية لها ، وانما جعلوا

(١) - شركة الاموال هي التي لها رأس مال يشترك في وضعه كل شريك
بنسبة معينة .

فاذا لم يكن لدى المشتركين رأس مال وانما لهم وجهة وثقة ، فاشتركوا
على أن يشتروا بالنسيئة ويبيعوا فيوفوا ويقتسوا الربح ، فهي شركة الوجود .
وأما شركة الاعمال فهي التي تكون بين الصناع كالحياطين مثلاً فيشتغلون

معاً ويشتركون في اجور اعمالهم
وكل من هذه الانواع الثلاثة يكون شركة عنان اذا لم يكن بين الشركاء
من رابطة سوى ما يقتضيه عقد الشركة من حيرورة كل منهم وكيلاً عن الآخر
في التصرفات العائدة للشركة .

فاذا كانت الشركة تتوافر فيها شرائط مخصوصة مبنية في بحث الشركات
بحيث يصبح كل شريك وكيلًا وكفيلًا عن الآخر ، فيكون احدهما مسؤولاً
ما يعقده الآخر ، فهي شركة مفاوضة .

وهناك نوع آخر من الشركة خارج عن هذا التقسيم يكون فيه رأس
المال من احد الطرفين والعمل فقط من الآخر ، ويسمى هذا النوع : «مضاربة»
أو «قراضاً» (بكسر القاف) .

فما كل شريك مسؤولاً بشخصه تجاه من يتعاقد معهم بمقدد يعود الى الشركة فليس فيها أي اعتبار لشخصية مجردة عن أشخاص الشركاء الطبيعية ، وليس لها مدير يمثلها ، وإنما يشترك الشركاء في نتائج تصرفات كل منهم لمصلحة الشركة بسبب ما يقتضيه عقد الشركة من وكالة مقدرة لكل شريك عن أشخاص الآخرين .

وسبب ذلك أنه في عصور الفقه الأولى وما تلاها لم تكن قد عرفت الصور الجديدة للشركات التجارية المنظمة بأنواعها ، وأساليب عملها الاقتصادية ، وطرائق تكوينها ، وحدود مسؤولياتها ، مما هو وليد العرف والتطور الاقتصادي الحديث في أوروبا .

فقد دون فقهاء الشريعة الأولى ما كان معروفاً في زمنهم بين الناس من أساليب الاشتراك التجاري والصناعي والزراعي وهي تعد من الأساليب الابتدائية البسيطة بالنسبة الى الشركات القانونية الحديثة - ولم يكن في تلك الأساليب ما يقتضي اعتبار شخصية حكومية مجردة لتلك الشركات .

وقد نظم الفقهاء أحكامها بما تقتضيه قواعد الشريعة في اوضاع تلك الشركات وأشكالها المعروفة .

١٩٤ - (ب) - وأما الشركات القانونية وهي المؤلفة وفقاً للطرائق والأساليب التي أوجدها التطور الاقتصادي الحديث فقد فصلت أحكامها القوانين التجارية وهي شخصية حكومية ذات ادارة موحدة يمثلها مدير أو مجلس .

ومسؤولياتها المالية إما مطلقة مضمونة بجميع اموال الشركاء التي لهم في الشركة وخارجها ، وإما محددة لا تسري على غير رأس المال المعلن للشركة .

والشركاء فيها إما أناس معينون بذواتهم ، وإما اصحاب سهام قابلة للنقل

وللتداول تنتقل من شخص الى شخص ، فكان الاشتراك للسهم بقطع النظر عن صاحبه (١) .

(١) - بالنظر الى مجموع هذه الاعتبارات تنقسم الشركات القانونية الى انواع ، أشهرها وأكثرها شيوعاً في التعامل ثلاثة :

(١) - شركة التضامن المعروفة باسمها الفرنسي : (كوككتيف Société en nom collectif)

(٢) وشركة التفويض (كومانديت S.en. commandite) .

(٣) - والشركة المغفلة (انونيم S. anonyme) .

(فالاولى) . تقوم على اساس التضامن الحقوقي بين جميع الشركاء وكل منهم مسؤول بمجيع ماله عن الحقوق التي تثبت للغير على الشركة .

(والثانية) : تقوم على أساس ان بعضهم مسؤول بمجيع امواله التي في الشركة وخارجها ، كما في شركة التضامن ، وهؤلاء هم الشركاء المفوض اليهم ، وبعضهم الآخر غير مسؤول الا برأس ماله الذي في الشركة دون بقية امواله ، وهؤلاء هم الشركاء المفوضون (بصيغة الفاعل) .

(والثالثة) : هي التي تكون في المشاريع الاقتصادية الكبرى ، وتحتاج الى رأس مال ضخم يقسم الى سهام كثيرة قابلة للتداول . وتسمى هذه باسم مشروعها ، كشركة الفزل ، وشركة الخطوط الحديدية ، دون ان يذكر فيه اسم احد شركائها . وذلك سميت متعقلة - بصيغة المفعول من الاغفال - لإغفال اسماء الاشخاص في عنوانها ، والاقتصار على اسم المشروع التجاري والصناعي الذي تشغل فيه وتستثمره .

وتعتبر الشركة بمجوعها بمثابة شخص طبيعي واحد في أهليتها وذمتها وعقودها وحقوقها والتزاماتها وأموالها وتحقق ضرائب الدولة عليها الخ . . .

المبحث الثالث

عناصر الشخصية الحكمية وشروطها ، ومميزاتها

١٩٥ - العناصر

ان الشخصية الحكمية بجميع صورها المتقدمة لا تتحقق الا باجتماع عناصر
ساسين في مفهومها :

الاول - مصلحة مشتركة مشخصة مشروعة .

والثاني - ذمة مالية متميزة .

(أ) فأمّا المصلحة المشتركة فانها الطابع الاسامي الذي يميز الشخص

الحكيمي عن الشخص الفردي الطبيعي

فان فكرة الشخصية الحكمية انما تولدت في النظر الحقوقي تواداً خروبياً
من وجود مصالح مشتركة في المجتمع متميزة عن المصالح الفردية بحيث لا يمكن
ادماجها فيما ، ويلحظ عجز الشخصية الطبيعية بفردتها عن أن تضطلع بأعبائها
وتضمن تحقيقها

فالرائع ببناء أن الشخصية الطبيعية لا تكفل الا المصالح الفردية في حين
أن الاشخاص الحكمية التي تعترف بها الحقوق الحديثة والقوانين الوضعية انما
تقوم على مصلحة مشتركة استلزمها الضرورات الاجتماعية ، حتى في الاشخاص

الحكومية الخاصة كالشركات التي تستند الى مصلحة مشتركة من طبيعة خاصة ،
إذ من المسلم به وجود مشروعات اقتصادية تستدعي تضافر الجماعات بمجهودها
وأموالها ، وتجاوز قدرة الأفراد على انفراد .

فجهود هذه الجماعات ضمن نطاق مصلحتها الخاصة هو مسنفر بطريق غير
مباشر لخدمة المصلحة العامة بسد بعض حاجات المجتمع وزيادة الثروة القومية .

(ب) - وأما الذمة المالية فانها من لوازم تصور الشخصية . فقد رأينا أن
المبنى الحقوقي في تطور النظر الى الشخصية الحكيمة ، انما يقوم على تجريد شخص
اعتباري ينتزع من جماعة او من مشروع ، وتشبيهه بشخص طبيعي ذي
أهلية وذمة .

فكما لا ينفك تصور الشخص الطبيعي ، من الوجبة الحقوقية ، عن ذمة
له يحمل بها الحقوق (ر : ف / ١٢٣ و ١٢٨) لا ينفك ايضاً الشخص الحكيمة
عن هذه الذمة ، اذ لا يبيح عندئذ معنى الشخصية الحكيمة الا مجرد التمثيل
والنيابة في العمل . وهذا غير التخصيص بمعناه الكامل .

وعن هذا كانت فروع السلطة العامة التي تتمتع بتمثيل بعض صلاحيات
تلك السلطة في العمل ولكنها ليست لها ذمة مالية مستقلة وأهلية تثبت بها
الحقوق المالية لها وعليها ، كالحاكم مثلاً ، لا تعتبر اشخاصاً حكيمة بالمعنى القانوني
المشروح ، وان كان لها شخصية مجردة عن اشخاص حكماء تدارس بمقتضاها العمل
باسم الدولة ، ولا يؤثر في صحة عملها وارتباط اجزائه بتبدل الاشخاص
القائمين به ^(١) .

(١) - « ان الهيئات السياسية من ادارية او عدلية ، ومجلس الشيوخ ،
ومجلس النواب ، ومجلس الدولة ، ومحكمة التمييز (النقض) ، وديوان المحاسبات ، »

١٩٦ - شريطة الاعتراف القانوني بالشخصية الحكومية :

هذا ، ولأن العنصرين المتقدمين ، (عنصر المصلحة المشتركة ، وعنصر الذمة) ، يتوقفان على الاعتبار التشريعي لها من حيث امت المصلحة المشتركة ليس لها حدود مادي يحددها ، وكذلك الذمة هي حقيقة عقلية غير محسوسة ، لذلك كان تشخيص هذه المصلحة واثبات الذمة لها أمراً يحتاج الي تقرير من جانب التشريع .

يستثنى من ذلك الدولة نفسها ، فانها تكتسب شخصيتها بحكم الضرورة والواقع متى استوفت عناصر تكوينها . وليس اعتراف الدول الاخرى بها شريطة لاكتساب شخصيتها من الوجهة الحقوقية ، وانما هو عرف سيامي وتقليد دولي متبع اليوم لتبادل التمثيل السيامي . فليس عدم هذا الاعتراف مانعاً من تكوين شخصية الدولة المتوافرة العناصر .

وعن هذا كان من المهم لكي يكتسب الشخص الحكمي شخصيته أن يعترف التشريع له بهذه الشخصية المستقلة في هي الدولة .

ولا يجب أن يعترف التشريع بذلك لكل شخص حكمي ناشئ على حدة بل يكفي الاعتراف النوعي ، كما أقرت الاحكام الفقهية في الاسلام شخصية للوقف وبيت المال ، وكاعتراف القانون التجاري بالشخصية لأنواع الشركات القانونية التي تؤسس وفقاً لشرائطه ، واعتراف قانون الجمعيات التي تؤسس وفقاً لأحكامه

= وسائل الميئات العدلية بوجه عام ، والمجالس العمومية ، والمجالس البلدية ، لا تعتبر أشخاصاً حكومية ، (دائرة المعارف الفرنسية الكبرى تحت كلمة personne) . ولا يخفى ان مصلحة البلدية نفسها شخص حكمي من فروع السلطة العامة ، وان لم تكن مجالس البلديات اشخاصاً حكومية .

ولا يجب في هذا الاقرار التشريعي أن يصرح بلفظ «الشخصية الحكيمة» بل يكفي أن يقر التشريع الجماعات او المؤسسات الحقوق والاحكام التي تعتبر للاشخاص وإن لم يصرح باسم الشخصية الحكيمة ، كاقراو ثبوت الحقوق للوقف وعليه ، في الفقه الاسلامي ، على نحو ما تقدم .

١٩٧ - الميزات والفوارق بين الاشخاص الطبيعيين والحكميين

تفترق الاشخاص الحكيمة عن الاشخاص الطبيعية بفوارق أهمها مايلي :

(١) - أن الاشخاص الحكيمة لا تتعلق بها حقوق الاحوال الشخصية التي هي من خصائص الانسان ، كحقوق الاسرة من زواج وطلاق ونسب وقرابة واثاث الخ ..

أما ما ليس من هذه الخصائص الانسانية فيثبت للشخص الحكمي كالجنسية ، والاهلية ، والمقام (الموطن) .

(٢) ان الاشخاص الحكيمة لا تموت كالأشخاص الطبيعية بل تتنازل بالدوام . وكذلك لا تزول بزوال الشخص الطبيعي الذي يمثلها . كما أن تبدله لا يبدل من وضعها الحفوقي شيئاً .

(٣) - ان الشخص الطبيعي لا يتوقف وجود شخصيته على اعتبار او اعتراف تشريعي ، بل بمجرد وجوده المادي تثبت شخصيته .

أما الشخص الحكمي فتوقف شخصيته على اقرار التشريع لها كما تقدم .

(٤) أن اهلية الشخص الطبيعي للتصرفات وكسب الحقوق ونحل الالتزامات غير محدودة . وانما تنقص عن كمالها بعروض ، كما يبناه في نظرية الاهلية من الجزء الثاني من (المدخل الفقهي العام) .

أما اهلية الاشخاص الحكميين فهي مقيدة بالحدود التي يحددها لها

النشرع ، وبما يدخل في اغراضها التي تكونت من أجلها وتتوقف عليه ممارسة مهمتها :

- فالجمعية الخيرية المنشأة للاسعاف مثلاً لا تمتلك أن تتاجر .
- والمنشآت العامة لا يصح منها قبول التبرعات إلا بأذن من الحكومة .
- والجمعيات بصورة عامة لا يسوغ لها ان تملك من الاموال غير المنقولة سوى ما تحتاج اليه في ممارسة عملها

٥) ان اهلية الشخص الطبيعي تتطور تبعاً لمراحل نموه : فتبدأ أهلية وجوب نافضة ، وتنتهي الى أهلية اداء كاملة ببلوغ الرشد .
وذلك بخلاف اهلية الشخص الحكي ، فان اهليته تأخذ نهاية حدودها منذ وجودها وتظل ثابتة لا تتطور .

٦) ان الاشخاص الحكيمة لا تطبق عليها العقوبات البدنية ، بل العقوبات المدنية والادارية فقط .

ومن نتيجة ذلك انه لا يمكن تطبيق الحبس في استيفاء ما يستحق عليها من ديون ، بل الحبز فقط .

٧) - يزول الشخص الحكي يزوال شرائطه ، أو زوال العوامل التي أوجدته ، وعندئذ يسمى زواله : انحلالاً

أما زوال الشخص الطبيعي فيكون بانتهاء حياته ويسى : موتاً
وهذا الانحلال في الشخص الحكي يكون باسباب وصور عديدة :
فقد يكون ، بحسب سببه ، انحلالاً طبيعياً ، أو تشريعياً ، أو قضائياً ، أو

ادارياً ، او ارادياً ^(١) .

١٩٨ - هذه خلاصة ما يتعلق بالاشخاص الحكيمة في الحقوق الحديثة
والانظار القانونية ^(٢)

وبالرجوع الى القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية ، الى ما أسلفنا

(١) - الانحلال الطبيعي يكون بموت جميعه الافراد المشتركين ، او
بعدم امكان تأدية الاعمال التي تكون الشخص الاعتباري لأجلها ويسمى ايضاً
انحلالاً حكيماً .

والانحلال التشريعي يكون عند صدور قانون يحل بعض الاشخاص الحكيمة
والانحلال القضائي يكون نتيجة لدعوى يدعي فيها بالحل بسبب موجب
ويغض به .

والانحلال الاداري يكون عندما يخالف الشخص الحكمي نظامه الخاص
او قانون الجمعيات او النظام العام (كما لو قامت جمعية بعمل يتنافى في الآداب العامة
مثلاً) فلهلطات الادارية حلها .

والانحلال الارادي يكون برغبة اكثرية الافراد الذين تألفت الشخصية
من اجتماعهم ، او برغبة من يحق لهم الحل بحسب نظامها الاسامي
واذا كان الشخص شركة فأمواله بعد الانحلال للافراد الذين تتألف الشخصية
منهم واذا كان جمعية خيرية او حزباً سياسياً ففي حالة الانحلال التشريعي
والقضائي والاداري تصادر الحكومة الاموال غالباً وفي الانحلال الطبيعي
والاداري تصرف الاموال الى الجهة التي يعينها النظام الاسامي للجمعية .

(٢) - مصادر البحث فيما ترمي في القوانين التي تتعلق بالاشخاص الاعتبارية
كقانون الجمعيات ، والقانون التجاري ، وفي مؤلفات الحقوق الادارية ككتاب
الاستاذ شاكر الحنبلي ، والوجيز في الحقوق الادارية للدكتور مصطفى البارودي ،
ومؤلفات مدخل علم الحقوق ككتاب الاستاذ الدكتور محمد علي عرفة ، ==

من البحث عن فكرة الشخصية الحكيمة في الفقه الاسلامي ، يتضح أن النظريات الحقوقية الحديثة والاحكام القانونية المتبعة اليوم في الشخصية الحكيمة تتفق كلها مع قواعد الفقه الشرعي .

ولو أن هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكيمة القانونية اليوم وجدت في العصور الفقهية الماضية لدينا لأقر لها الفقهاء هذه الاحكام التي جاء الشرع بامثالها في شخصية الدولة وبيت المال والوقف كما تقدم .

فلا احكام القانونية المنحلة بالاشخاص الحكيمة العامة والخاصة كالجليات والمؤسسات ، يمكن ادخالها في صلب الفقه وكتبه .

== والامانة الدكتور سليمان مرفس بصر ، وفي المؤلفات الخاصة بالشخصية في الفقه الاجنبية ككتاب الامانة سالي الفرنسي في نظرية الشخصية الحقوقية وتاريخها :

De la personnalité juridique , Histoire et théorie,

بفضل الله تعالى ونعمته تم هذا الجزء الثالث :
(المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي)
من السلسلة الفقهية التي عنوانها العام :

الفقه الإسلامي في نوبة التحرير

وهو المرجو جلت قدرته أن يحقق بها النفع العام ، ويعملها
خالصة لوجهه الكريم ، وأن ييسر تمام بقية أجزائها .

الفهرس

الصفحة	الفقرة	
٣	مقدمة الطبعة الاولى	
٧	(الباب الاول) -	معلومات عامة
٧	الفصل الاول - الحق	
٧	١ (الفرع الاول)	- منشأ فكرة الحق ومعناه وتعريفه بوجه عام
١٠	٣	- نقد التعاريف المأثورة (الحاشية)
١٥	٤ (للفروع الثاني)	- تقسيم الحق في الفقه الاسلامي الى عيني وشخصي، وما يفرع عن ذلك من مباحث
١٥	٥	- الحق الشخصي وتعريفه بما يميزه عن عن الالتزام والحق العيني
١٩	٩	- ملاحظات بين الحقين الشخصي والعيني
٢٠	١٠	- الحق العيني نوعان : اصلي وتبعي
٢٠	١١	- نوع ثالث جديد : حقوق الابتكار (الحاشية)
٢٢	١٢	- ثمة التمييز بين الحقين العيني والشخصي
٢٦	١٣	- انقلاب الحق العيني الى شخصي، والعكس
٢٨	١٥	- مناقشة مع الاستاذ السهوري حول التمييز بين الحق الشخصي والعيني في الفقه الاسلامي

الصفحة	الفقرة	
٣٢	١٦	(الفروع الثالث) - انواع الحق العيني ، والحق شبه العينية
٣٣	١٧	- حق الملكية
٣٣	١٨	- حق الانتفاع ، وفرقه عن ملك المنفعة
٣٥	١٩	- حقوق الارتفاق
٣٧	٢٠	- حق الارتئان
٣٨	٢١	- حق الاحتباس ، وفرقه عن حق الارتئان
٣٩	٢٢	- حق الوقفية
٤٠	٢٣	- حقوق القرار على الاوقاف (الحكر ، والاجارتين ، والكدك ، والمرصد ، ومشد المسكة ، والقبية ، والقبص)
٤٧	٢٤	- الحقوق شبه العينية
٤٩		الفصل الثاني
		(الفروع الاول)
٤٩	٢٥	- الالتزام ، وحقيقته
٥١	٢٦	- النسبة بين الحق الشخصي والالتزام
٥٢	٢٧	- عناصر الالتزام
٥٤	٢٨	- سبب الالتزام (ومقارنته بالمعنى القانوني
٥٧	٣٠	- طبيعة الالتزام وحقيقته
		- النظرية الاسلامية المعتدلة بين غلو
		المذهبين القانونيين : الشخصي القديم ، والماددي الحديث في طبيعة الالتزام
٥٨	٣٠	- مناقشة هامة في ذلك مع الدكتور شفيق شحاتة
		(حاشية)
٦١	٣١	- ملاحظة حول نقل الحق والالتزام في الفقه الاسلامي بطريق الحواقة

الصفحة	الفقرة	
٧٠	٢٦	- تلازم المسؤولية والمديونية
٧٠	(الفروع الثاني)	- موضوع الالتزام (الايجابي والسلبي)
٧١	٣٧	- الالتزام بالدين ، وبالعين ، وبفعل ، وبامتناع
٧٦	(الفروع الثالث)	- في شرائط الالتزام ، وتعريفه
٧٦	٤١	- تعيين طرفي الالتزام
٧٨	٤٢	- معلومة محل الالتزام
٧٩	٤٣	- قيسة محل الالتزام
٨١	٤٤	- تعريف الالتزام ، وامضاء عناصره
٨٤	(الفروع الرابع)	- في مصادر الالتزام (معناها وحصرها)
٨٨	٤٩	- تحليل الاستاذ السنهوري لاساس هذا الحصر
٩٣	٥٣	(الفروع الخامس) - تعريف اجمالي بنظرية الالتزام العامة وترتيبها في الفقه الاجنبي
٩٨	٥٩	- مزايا وعيوب نظرية الالتزام الاجنبية
١٠١	٦٣	- الاتجاه القانوني الحديث الى ترتيب آخر في النظرية العامة على اساس التصرف القانوني والواقعة القانونية
		يقرب من الفقه الاسلامي
١٠٢	٦٥	- موقف الفقه الاسلامي تجاه نظرية الالتزام الاجنبية ، ومزيد خصبه وغزاته وكفايته
١٠٨	٦٧	- عوامل الاتفاق والاختلاف بين تشريع وآخر

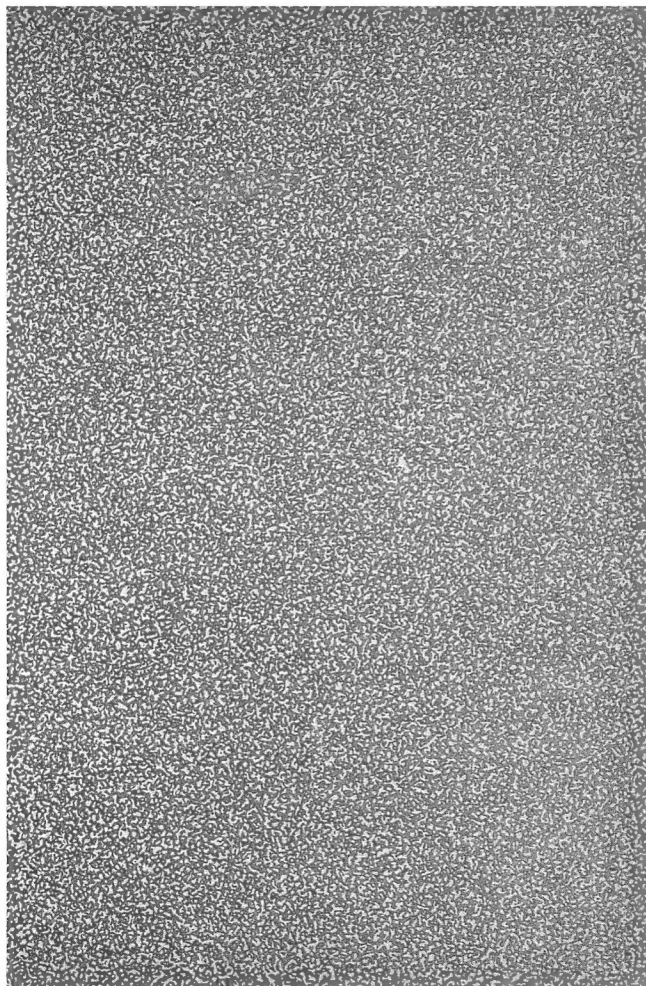
الصفحة	الفقرة	
١١٣		(الباب الثاني) - في الاموال
		الفصل الاول
١١٤	٦٩ (الفرع الاول)	- حقيقة المال بالنظرين الفقهي والقانوني - المال بالنظر الفقهي : (تعريفه ونقد التعاريف المأثورة ، ونتيجة اعتبار المالية وعدمها)
١٢١	٧٥ (الفرع الثاني)	- المال بالنظر القانوني
١٢٣	٧٧	- تقسيم المال ونتائجه الفقهية
١٢٤	٧٨ (الفرع الاول)	- المال المتقوم وغير المتقوم وثمره هذا التقسيم
١٢٨	٨١	- نظرية عدم التقوم في القانون
١٣٠	٨٢ (الفروع الثاني)	- في المال المثلّي والقيمي وما يتفرع عن ذلك من مباحث (النظرية الفقهية في قيمية الاموال ومثيلتها - حصر الاموال المثلية ومستندها - انقلاب المثلّي الى قيمي ، والعكس - نتائج التمييز بين القيمية والمثلية - مزايا النقيدين - نظرية عدم تعيين النقود في عقود المعاوضة)
١٤٣	٩٦ (الفروع الثالث)	- في الاموال الاستهلاكية والاستعمالية ونتيجة التمييز بينها .
١٤٧	٩٨ (الفروع الرابع)	- في المال المنقول وغير المنقول وما يتفرع عن ذلك من مباحث - معنى المنقول والمقار بالنظرين الشرعي والقانوني

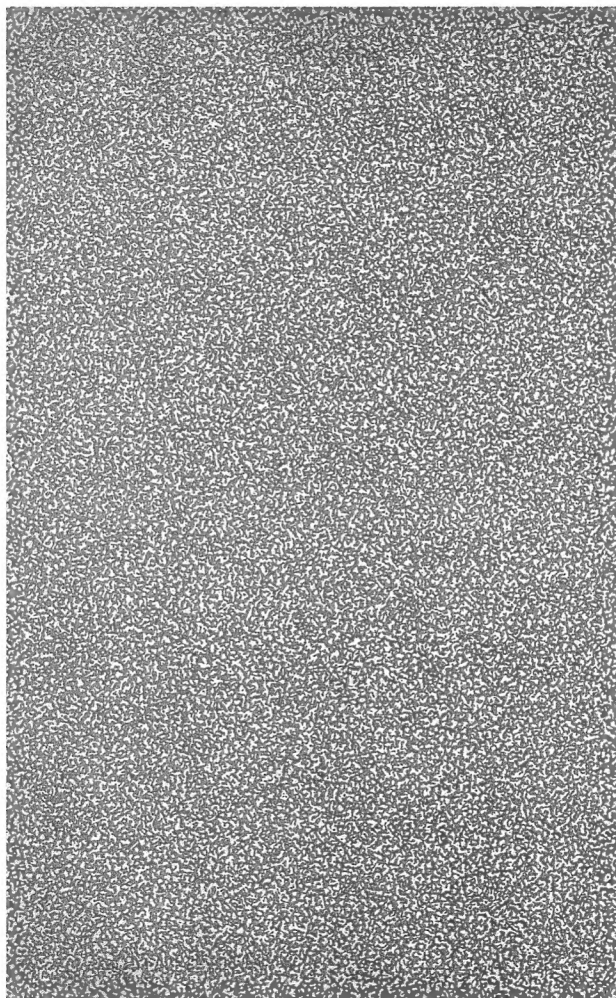
الصفحة	الفقرة	
١٥٠	٩٩	- تحول المنقول الى عقار ، والعكس
١٥١	١٠٠	- تقسيم الاراضي فقهاً وقانونياً (وتاريخ التقنين العقاري في سورية ، وأهم قوانينه الى اليوم في الاحكام العقارية ، ولوث الاراضي الاميرية)
١٦٢	١١٠	- ثمرات التمييز بين العقار والمنقول من الاموال شرعاً وقانوناً
١٦٧	١١٣	(الفروع الخماس) - في العين والدين
١٦٨	١١٤	- موقع الدين من أقسام المال وتعريف العين والدين
١٧٢	١١٦	- نتائج التمييز بين العبد والدين
١٨١	١١٧	- نظرية الذمة وخصائصها في الفقه الاسلامي
١٨٢	١١٨	- تعدد التعاريف الماثورة للذمة ، وتمييزها عن الاهلية
١٨٧	١٢١	- الذمة حقيقة اعتبارية لا واقعية
١٩٠	١٢٣	- التعريف الصحيح للذمة في الفقه الاسلامي
١٩٠	١٢٣	- خصائص الذمة
١٩٥	١٢٦	- تأثير الموت في الذمة ، واختلاف المذاهب في انهدامها به
١٩٩	١٢٨	- نظرية الذمة في النظر القانوني الاجنبي
٢٠١	١٣٠	- موازنة النظيرين الشرعي والقانوني في الذمة

الصفحة	الفقرة	
٢٠٤	١٣٢ ، (الفروع السادس)	- في العيذ والمنفعة (اختلاف الاجتهادات في تقوم المنافع وثمرته - نقد نظرية الحنفية في عدم ضمان منافع المصروب)
٢١١	١٣٨ (الفروع السابع)	- في المال المملوك ، والمباح ، والمجبور
٢١٥	١٤٣ (الفروع الثامن)	- في المال القابل للقسيه وغير القابل
٢١٧	١٤٥ (الفروع التاسع)	- في الاحول والتمرات من الاموال
٢٢٠	١٤٧ (الفروع العاشر)	- في الاموال الخاصة والاموال العامة
٢٢٣	١٤٩	- المباحات العامة الثلاثة : الماء والكلأ والنار
٢٢٦	١٥٤	- انقلاب المال الخاص الى عام ، والعكس
٢٢٦	١٥٥	- تقسيم الاموال العامة ، وجهة العموم فيها
٢٢٨	١٥٦	- ثمره التمييز بين المال الخاص والعام شرعاً
الباب الثاني - في الاشخاص		
٢٣٣	١٥٩ الفصل الاول	- لمحة عامة عن ارتباط الحق بالشخص ، وتطور النظر الحقوقي الى الشخصية
٢٣٩	١٦٦ الفصل الثاني	- تقسيم الاشخاص ، وبجمل احكامهم
٢٤٠	١٦٧ (الفروع الاول)	- الاشخاص الطبيعيون واحوالهم
٢٤٤	١٧٠	- (اولاً) بدء الشخصية وانهاؤها
٢٤٥	١٧١	- النظم الادارية المتعلقة بالولادة والوفاة
		- القوة الابثائية لسجلات الاحوال المدنية
٢٤٥	١٧٢	- اهلية الاشخاص
٢٤٧	١٧٣	- (ثالثاً) : النيابة الشرعية (الولاية والوصاية)
٢٤٨	١٧٤	- (رابعاً) : النسب ، والقوابة

الصفحة	الفقرة	
٢٥٠	١٧٦	- (خامساً) المقام ، ومعنياه ، والاحكام الشرعية المتعلقة بها
٢٥٢	١٧٨	- المقام بالنظر القانوني ، وانواعه
٢٥٣	١٧٩	- (سادساً) : فقدان ، وحكمه اجمالاً ، ومصير زوجة المفقود
٢٥٥	١٨١	- (سابعاً) : الزواج وما يتفرع عنه
٢٥٦	١٨٢	(للفروع الثاني) - الاشخاص الحكيمة في الفقه الاسلامي والاجنبي
٢٥٦	١٨٢	المبحث الاول - الشخصية الحكيمة في الفقه الاسلامي شخصية بيت المال وفروعه ، وشخصية الوقف ، وشخصية الدولة ،
٢٦٤	١٨٨	- غلة بعض الفقهاء في هذا الشأن
٢٦٧		- رأي الاستاذ الشيخ علي الحنيف في ذلك ، والحاشية ،
٢٧١	١٨٩	المبحث الثاني - الشخصية الحكيمة في النظر القانوني
٢٧٣	١٩٠	- انواع الاشخاص الحكيمة
٢٧٣	١٩١	- « اولاً » : الاشخاص الحكيمة العامة « مصادر السلطة العامة » ، والمنشآت العامة ،
٢٧٥	١٩٢	- « ثانياً » : الاشخاص الحكيمة الخاصة « أ » - المؤسسات والجماعات « ب » - الشركات والجمعيات

	الصفحة	الفقرة
- أنواع الشركات العادية القديمة والقانونية الحديثة	٢٧٨	١٩٣
المبحث الثالث - عناصر الشخصية الحكيمة، وشربطها	٢٨١	١٩٥
- الميزات والفوارق بين الاشخاص الطبيعيين والحكميين	٢٨٤	١٩٧
- نظرة شرعية في الاحكام القانونية لشخصية الاعتبارية .	٢٨٦	١٩٨





Bibliotheca Alexandrina



0597394